

## Trabajo Fin de Grado

Título

Acción de reintegración de la masa activa en el proceso concursal: En concreto la presunción relativa respecto de los actos dispositivos a título oneroso a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

Autor

JAVIER GABIÑA GARCÍA

Director

José Antonio García-Cruces González  
Catedrático de Universidad Zaragoza  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho de la Empresa  
Área de Derecho Mercantil.

Facultad de Derecho

Año 2014

## ÍNDICE

<b>Abreviaturas .....</b>	<b>1</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>2</b>
<b>I. Caracterización de la acción de reintegración o rescisoria concursal.....</b>	<b>5</b>
1. Reintegración como incremento de la masa activa.....	6
1.1. Masa de hecho y masa de Derecho.....	6
1.2. Sentido y finalidad de la reintegración.....	7
2. Régimen general de la acción de reintegración en la Ley Concursal.....	8
2.1. Presupuesto de la acción rescisoria del Art. 71 LC.....	8
2.1.1. El plazo.....	9
2.1.2. El perjuicio.....	10
2.2. Presunciones relativas de perjuicio.....	13
2.2.1. Actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado.....	13
2.2.2. Constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.....	13
2.2.3. Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.....	15
2.3. Efectos de la acción de reintegración en el concurso.....	16
<b>II. Presunción relativa de perjuicio: impugnación de los actos dispositivos a título oneroso a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado .....</b>	<b>18</b>
1. Introducción.....	18
2. Alcance de la presunción de perjuicio.....	19
3. Presupuestos de aplicación.....	20
3.1 Actos dispositivos a título oneroso .....	20

3.2 Ámbito subjetivo de la aplicación: las personas especialmente relacionadas con el concursado .....	24
3.3 Límite Temporal.....	30

### **III. Problemas particulares concretos en cuanto a la determinación las personas especialmente relacionadas con el concursado persona**

<b>jurídica .....</b>	<b>32</b>
1. Socios del concursado personal e ilimitadamente responsable de las deudas sociales o titular de una participación significativa.....	33
1.1. Cuestión temporal.....	33
1.2. Socio personal e ilimitadamente responsable.....	34
1.3. Socio titular de una participación significativa.....	35
1.3.1. Concepto de participación significativa.....	35
1.3.2. Criterios para la subordinación.....	36
1.3.3. Supuestos de obtención de posición de influencia significativa.....	37
1.3.4. Aplicación al ámbito de las personas especialmente relacionadas.....	37
2. Administradores de hecho o de derecho, liquidadores y apoderados con poderes generales en la empresa, o quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.....	38
2.1. Administrador de derecho de una persona jurídica.....	40
2.1.1 Falta de inscripción del nombramiento.....	41
2.1.2 Efectividad del cese del administrador.....	41
2.2. Administrador de hecho de una persona jurídica.....	42
2.2.1. Tipología de la administración de hecho.....	43
2.2.2. Administrador con cargo caducado.....	45
2.2.3. Administradores de la sociedad dominante.....	45
2.2.4. Traslación de poderes de gestión.....	47
2.2.5. Las entidades de crédito.....	47
2.3. Liquidadores de una persona jurídica.....	48
2.4. Apoderados con poderes generales en la empresa.....	48
2.4.1. El factor o el Director general.....	49
2.4.2. Extensión retroactiva.....	51

2.4.3. La condición de apoderado general de la empresa y el crédito salarial.....	52
3. Las sociedades que formen parte del mismo grupo de la sociedad declarada en concurso y sus socios.....	53
3.1. Justificación de la norma.....	53
3.2. Cuestión temporal.....	55
3.3. Ámbito objetivo.....	56
3.3.1. Concepto de grupo.....	56
3.4. Socios de las sociedades del grupo.....	59
3.4.1. Socios de la sociedad matriz.....	60
3.4.2. Socio externo.....	61
4. Exclusiones que hace la LC respecto de los créditos que, pese a ser su titular una persona especialmente relacionada con el concursado, no se subordinan.....	62
<b>Conclusiones.....</b>	<b>63</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>66</b>

## ABREVIATURAS

AA VV	Autores Varios
ALC	Anteproyecto de Ley Concursal
AP	Audiencia Provincial
art./arts.	artículo/artículos
BALSRL	Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
C.com	Código de Comercio
CE	Constitución Española
cit	citado/citada
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir./dir.	Director/dirigido por
ed.	Edición
LC	Ley Concursal
LGT	Ley General Tributaria
LMV	Ley del Mercado de Valores
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley Sociedades de Capital
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
núm.	número
pg./pgs.	página/páginas
PALC	Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal
SA	Sociedad Anónima
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
v./vol.	Volumen
vid.	vide

## **INTRODUCCIÓN**

### **Cuestión tratada en el Trabajo Fin de Grado**

Título del Trabajo: Acción de reintegración de la masa activa en el proceso concursal: En concreto la presunción relativa respecto de los actos dispositivos a título oneroso a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

En el presente trabajo se analiza, en primer lugar, el régimen completo presente en la actual Ley Concursal en cuanto al artículo 71, 72 y 73 de la acción de reintegración de la masa activa.

A su vez, en segundo término, y para realizar un estudio y análisis de una parte más concreta, el trabajo se centra en una de las presunciones relativas las cuales acompañan a la mencionada acción rescisoria concursal, la presunción relativa en cuanto a la impugnación de actos dispositivos a título oneroso a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

En este sentido, y esta vez con la finalidad de tratar un problema real y actual en cuanto a la presunción estudiada con más detalle, se establece una tercera parte en el presente trabajo la cual analiza, en tres bloques, los principales problemas relacionados con la aplicación de la presunción relativa en cuanto a la impugnación de actos dispositivos a título oneroso a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado, centrados en el concursado, siendo éste, persona jurídica. Se analizan por tanto, los casos particulares en cuanto a los socios de la concursada, los administradores de la misma, y en cuanto a los grupos de sociedades.

### **Razón de la elección del tema y justificación de su interés**

El pasado curso académico, el segundo semestre concretamente, como parte de la asignatura Mercantil II, realizamos el estudio del régimen general en cuanto a Derecho Concursal Español. Asignatura, que en su conjunto, y concretamente la parte dedicada a

Derecho concursal, despertó mi interés hacia un procedimiento de realidad actual en relación con el mundo de la empresa. Por su parte, y dada la complejidad del sistema concursal, al tener que manejar otras muchas ramas del derecho para su conocimiento, llegue a la conclusión que podría ser, analizando alguna parte concreta del mencionado proceso, un buen tema para centrar un trabajo de investigación como en el que nos encontramos.

A su vez, dada la organización del último año del Grado en Derecho, pude cambiar el periodo de prácticas (asignatura *Practicum*) al primer semestre del mencionado curso. En este sentido, realice el periodo de practicas, de 175 horas, en el Despacho de Julián Andrés Jiménez-Lenguas, reconocido abogado concursalista en la ciudad de Zaragoza, siendo administrador concursal de, entre otras, Real Zaragoza S.A.D. Durante el periodo de prácticas en el despacho, tuve la suerte de poder estar en contacto con diversos procedimientos concursales, así como el tratamiento de las distintas fases de los mismos, cuestión que me reafirmo más si cabe, en el convencimiento de que el Derecho Concursal sería el tema idóneo el cual centrar el Trabajo Fin de Grado.

### **Metodología seguida en el desarrollo del trabajo**

En cuanto a la metodología seguida para el desarrollo del trabajo, el cual es objeto de evaluación, los pasos seguidos fueron los siguientes:

- Reuniones con el director del trabajo, Prof. Dr. José Antonio García-Cruces, de cara a la discusión sobre los distintos enfoques posibles en la realización del mencionado trabajo.
- Una vez fijado tema concreto, en este caso, la acción de reintegración concursal, la primera necesidad de cara a realizar el trabajo, fue ampliar de manera notable mis conocimientos sobre el Derecho concursal en general, ya que la parte estudiada en la asignatura de Mercantil II el curso pasado era insuficiente de cara a abordar un trabajo de estas características.
- A continuación, se me facilitó por parte de Prof. Dr. José Antonio García-Cruces, distinta y amplia bibliografía en cuanto a las acciones de reintegración

en el proceso concursal se refiere, así como las sentencias de los tribunales españoles de referencia al respecto. Con la mencionada información, realice la primera (análisis general de la acción de reintegración concursal) y segunda parte (análisis de la presunción relativa respecto de los actos dispositivos a título oneroso a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado) de las que consta el trabajo.

- Por último, en cuanto a la realización de la tercera parte del trabajo, relativa a los problemas concretos a abordar en base a la mencionada presunción en el ámbito de persona jurídica en calidad de concursado, parte que requiere más complejidad en el conjunto del trabajo, me volví a reunir con el Prof. Dr. José Antonio García-Cruces, el cual me facilitó las directrices pertinentes para una correcta realización y análisis de la parte del trabajo a realizar.
- A su vez, se realizaron varias correcciones del conjunto del trabajo en distintos momentos. Una primera corrección en el momento en el que finalizaron las dos primeras partes de las que consta el trabajo y una segunda, y más profunda corrección, ya esta vez a la totalidad del trabajo, una vez finalizada su totalidad.



## **DESARROLLO DEL TRABAJO**

### **I. Caracterización de la acción de reintegración o rescisoria concursal**

Históricamente, la quiebra es muy anterior al concurso preventivo, y nació como forma especial de tutela de los derechos de los acreedores, ante los resultados insatisfactorios a que conducía la ejecución individual de activos insuficiente en el patrimonio del deudor. La liquidación de los bienes del patrimonio del deudor insolvente es el propósito que alienta a este proceso que, como tal, es un proceso de ejecución.

En este sentido, cabe apuntar, que en medio de la sociedad globalizada en la que nos encontramos, la cual da cada vez más importancia al mundo financiero, y más concretamente al mundo de la empresa, es necesario un procedimiento concursal con garantías, el cual permita poner justicia en la ejecución colectiva del patrimonio del deudor en el momento en el que el mismo no pueda hacer frente al conjunto de sus obligaciones.

Atendiendo al futuro proceso concursal, las sociedades que están atravesando dificultades financieras y que prevén que es posible que entren en concurso de acreedores en no mucho tiempo, llevan a cabo actos mediante los cuales se desprenden de gran parte de sus bienes, con el objetivo de vaciarse patrimonialmente para no responder frente a sus acreedores en sede de concurso, o bien, con objetivos concretos de beneficiar a unos frente a otros cuando éste se declare.

*“El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la*

*protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro*”. Así, explica la exposición de motivos de nuestra Ley Concursal vigente, el propósito de la acción de reintegración como método para atajar las dificultades observadas en base al anterior sistema de rescisión concursal.

Así pues, para evitar este fraude de acreedores, la Ley Concursal (LC), establece en su artículo 71 y siguientes, la acción de reintegración. Esta acción de reintegración permite rescindir aquellos actos perjudiciales para la masa activa que el deudor haya realizado en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

## **1. Reintegración como incremento de la masa activa.**

### **1.1.Masa de hecho y masa de Derecho.**

El procedimiento concursal, tal y como está establecido en nuestra legislación vigente, se trata de un procedimiento de ejecución de carácter universal, se origina por el estado de insolvencia del deudor, el cual no puede hacer frente a todas sus obligaciones, y por lo tanto, todos sus bienes quedan destinados a satisfacer los créditos de los cuales son poseedores sus acreedores y a través de una posible solución en forma de acuerdo. Todos los bienes de concursado quedan, por lo tanto, destinados al cumplimiento del convenio o bien, serán objeto de la entera liquidación concursal.

Para poder determinar con exactitud esos bienes los cuales quedan afectados por el procedimiento concursal, los cuales reciben el nombre de masa activa, debemos acudir a la disposición normativa del artículo 76.1 LC:

*Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.*

Ese sumatorio de bienes y derechos que se atribuyen al concursado en fecha de declaración de concurso constituye la masa activa que podríamos denominar como *de hecho*, pues no necesariamente la totalidad de bienes mencionados

van a ser afectos de cara al convenio o a la liquidación, por pertenecer a tercero ajeno al concursado. A su vez, habrá bienes y derechos que se entienda que deberían estar en titularidad del concursado, pero esto no se así. Se transforma de esta manera la masa activa *de hecho* en masa activa *de derecho*, con el objetivo de determinar con exactitud la composición de la masa activa del concurso.

Se produce por lo tanto, una selección de bienes con el fin de determinar la masa activa, en algunos casos excluyendo bienes que deben quedar al margen, y en otros casos, incluyendo bienes que nunca debieron salir del patrimonio del deudor. En este sentido, podemos identificar una serie de operaciones que producirán una disminución de la masa activa del concurso. En primer lugar, aquellos bienes que aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables (Art. 76.2 LC). En segundo lugar, los bienes que se encuentren en poder del concursado, pero de los cuales éste no goce de derecho de uso, garantía o retención (Art. 80.1 LC). En tercer lugar, puede haber bienes vinculados a la satisfacción particular de ciertos créditos, pues el pago de créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva (Art. 90.1.1º LC).

## **1.2. Sentido y finalidad de la reintegración**

La acción de reintegración concursal se dispone como un mecanismo en el cual se introducen en la masa activa, bienes que nunca debieron salir del patrimonio del deudor. En este sentido, y citando a GARCÍA-CRUCES, está probado que los deudores al encontrarse en situación de insolvencia, realizan una *huida hacia delante*, la cual agrava aun más la situación del concurso, con perjuicio para sus acreedores, ocultando bienes para la futura ejecución del concurso, o adoptando medidas que favorecen a unos acreedores respecto a otros, incumpliendo así, la finalidad esencial del concurso de satisfacer los créditos de los que son poseedores los acreedores, realizar una ejecución universal y, excepto que cuenten con algún privilegio crediticio, cumplir el *par condicio creditorum*, poniendo en igualdad de condiciones a la totalidad de acreedores.

Se destaca en el propio art. 71.1 LC, que la intención fraudulenta es irrelevante. Por ello, en el expediente de la reintegración no se trata de valorar conductas sino, tan solo, los resultados patrimoniales derivados de aquellos actos. La valoración de las conductas no se confía al expediente de reintegración sino a la sección de calificación del concurso (arts. 163 y ss. LC)<sup>1</sup>.

## **2. Régimen general de la acción de reintegración en la Ley Concursal**

### **2.1.Presupuesto de la acción rescisoria del Art. 71 LC**

En el apartado primero del artículo 71 de la Ley Concursal se establece que:

*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*

Analizando la previsión normativa, en primer lugar se estipula como requisito esencial, como resulta lógico dado el procedimiento en el que nos encontramos, la declaración de concurso para poder ejercitar este tipo de acción. Dicha declaración deberá haberse producido con todos los efectos formales al respecto, ya sea voluntaria o necesaria, puesto que no se especifica, y habiéndose dictado el Auto que da comienzo al proceso concursal.

Se establece a su vez, un doble requisito, pues no solo es necesario ejercitar la acción en base a los actos realizados en el plazo de los dos años anteriores a la declaración de concurso, sino que es necesario que dichos actos sean perjudiciales para la masa activa.

---

<sup>1</sup> Ello no obsta para que la valoración que se haga de la conducta seguida (“mala fe”) pueda incidir en el alcance de los efectos derivados de la rescisión del acto, tal y como prevé el art. 73 LC.

<sup>2</sup> El sistema de reintegración recogido poseía carácter mixto, o entendido como doble, ya que plasmaba

Por otro lado, no resulta necesario que medie la intención fraudulenta por parte del deudor en la comisión de esos actos para que puedan ser objeto de la acción de reintegración concursal. En este sentido la legislación establece la prioridad, que no es en valorar las conductas seguidas, sino el significado patrimonial que tienen en el patrimonio del deudor. A pesar de lo expuesto, una conducta dolosa no queda impune ante el proceso concursal, ya que en caso de tercero puede ser considerado cómplice, cuando el acto impugnado hubiera provocado o agravado la situación de concurso (Art. 166 LC), o en caso del deudor, calificando el concurso como culpable (Art. 164.2 LC). Y en caso de no ser la causa o no producir el empeoramiento del concurso, la mala fe en un tercero, haría que su crédito fuera calificado como subordinado (Art. 73.3 LC).

### 2.1.1 El plazo

Se dispone en la previsión normativa un plazo de dos años anteriores a la declaración de concurso para los actos que pueden ser objeto de la acción de reintegración. Ciertamente es, que con la delimitación de un plazo fijo, sin atender al caso concreto al que nos referimos, puede ser considerado una solución demasiado generalizada en base al problema resultante de la legislación anterior.

Nos referimos a la cuestión en cuanto al Código de Comercio<sup>2</sup> de 1829, en su artículo 1024, el Juez, en el auto declarativo de la quiebra, dice que *“debía fijar con calidad de por ahora y sin perjuicio de tercero, la época a la que deban retrotraerse los efectos de la declaración por el día que resultase haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones”*. Este sistema producía un complejo problema que se dejaba en manos del Juez del caso, el cual debía fijar, casi de manera arbitraria un plazo en el cual eran de aplicación las acciones rescisorias, que en muchas ocasiones, resultaba extremadamente largo. A su vez, dicha práctica asumía una infracción de la seguridad jurídica necesaria para el tráfico.

---

<sup>2</sup> El sistema de reintegración recogido poseía carácter mixto, o entendido como doble, ya que plasmaba un sistema de retroacción único, pero cuya determinación resultaba variable pues confiaba al Juez su concreción (art. 878.2 CCom), como una pluralidad de periodos sospechosos, ya que el legislador los determinaba en razón de los distintos actos que contemplara (art. 879 a 882 Ccom).

En cuanto a la regulación actual, el establecimiento de un plazo general prefijado de antemano, sin atender al caso en concreto, puede resultar de alguna manera una vía de escape de actos cuya impugnación, dado su carácter lesivo, pudiera ser evidente. Esta crítica se solventa con la compatibilidad del sistema de reintegración con otras acciones. En el Art. 71.7 LC se establece, *“el ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho”*. Así pues, con la entrada de otras acciones de impugnación (Art. 1111 CC) se da cobertura a aquellos actos que quedaran al margen del sistema de reintegración.

En este sentido es necesario fijar un plazo determinado para el ejercicio de la acción de reintegración, ya que la propia acción en sí misma, por su naturaleza rescisoria, pone en entredicho la seguridad jurídica, pues trata de privar de eficacia actos, para los que en principio no operaba limitación alguna. Por ello se entiende conveniente fijar un plazo de protección frente a terceros.

### **2.1.2 El perjuicio**

Para poder abordar el concepto de perjuicio se hace necesario exponer de nuevo la disposición normativa en la Ley Concursal con respecto al mencionado concepto. La LC dice: *“serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”*.

Dado el complejo trabajo que significa determinar un concepto de perjuicio, el legislador para el apoyo a su aplicación práctica, facilita la interpretación del mencionado concepto con una serie de presunciones, que más adelante se analizarán, y las cuales suponen la posible impugnación de los actos del concursado por entenderlos perjudiciales. Por su parte, se hace

imprescindible atender a los criterios de interpretación de las normas que proclama el artículo 3.1 C.c., para poder determinar con un mínimo de claridad y diligencia el concepto de perjuicio buscado por el legislador.

Se hace necesario por su parte, acudir tanto a la jurisprudencia como a la doctrina para extraer, un concepto de perjuicio interpretado y aplicado en base a las escasas referencias de la propia Ley Concursal. En este sentido, la STS de 16 de Septiembre de 2010, identifica como perjuicio con un *sacrificio patrimonial injustificado*, esto es, *un detrimento o disminución injustificada del patrimonio del concursado*.

A su vez, la STS 8 de noviembre de 2012, con la que se quiere concretar el significado del perjuicio, entendido como *sacrificio patrimonial injustificado*, entendiendo la posibilidad de ampliación del concepto puesto que, al lado de aquellos actos que resultan rescindibles por suponer una *disminución injustificada de su patrimonio*, también resultan impugnables *actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par condicio creditorum*.

En la STS 26 de octubre de 2012 el alto tribunal aclara que, habrá que tener en consideración la minoración de la masa activa del deudor sin ningún tipo de justificación, pero a su vez, se tendrá que observar la posible ruptura en la paridad de trato de los acreedores concursales, siempre con un alcance limitado:

*El perjuicio<sup>3</sup> de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las*

---

<sup>3</sup> La Ley Concursal no ha definido el sentido que en este contexto debe darse al perjuicio patrimonial. No obstante, en los apartados 2 y 3 del artículo 71 se establecen ciertas presunciones de perjuicio patrimonial, y a su vez, en el apartado 5 ciertas excepciones al respecto.

*legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.*

*Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles. Por ello, la acción de reintegración no se actúa por la afección directa sobre los acreedores sino, tan solo, en la medida en la que un acto resulta perjudicial para la masa activa.*

Por su parte, las Audiencias Provinciales, en este sentido, se advierte *que la regla de la «par conditio creditorum» subyace en la redacción del artículo 71 de la LC, y debe orientar su interpretación, lo demuestra el tenor de varias de las presunciones que se contienen en los números 2 y 3 del dicho precepto legal, en los que se contemplan algunas operaciones que no solo entrañan disminución del activo patrimonial, sino también del pasivo, pero que no se consideran de carácter neutro, sino perjudiciales, porque entrañan infracción del principio de paridad de trato a los acreedores.* Así pues, se entiende la ruptura de la par condicio creditorum no como una causa de rescisión en si misma, sino como un método de interpretación de los actos realizados por el deudor y que finalmente pueden ser objeto de la acción rescisoria.

Los actos realizados en el periodo sospechoso por el deudor son rescindibles porque son perjudiciales para la masa activa. A su vez, la ley desliga la rescindibilidad del acto de la causa determinante de la insolvencia<sup>4</sup>; esto parece claro, pero en ocasiones va a resultar esencial atender al momento en

---

<sup>4</sup> “No es necesario que haya nexo de causalidad entre el acto del deudor y la situación de insolvencia, es decir que el acto del deudor sea determinante de la impotencia patrimonial”. LEÓN, Comentario art. 71 en ROJO y BELTRÁN (Dirs), *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid, 2003, pg. 1307.



el que el acto sometido a enjuiciamiento se produce en relación con la proximidad a la declaración del concurso como piedra de toque para llenar el concepto de perjuicio. Pero resulta irrelevante que el acto perjudicial haya sido el desencadenante de la insolvencia del deudor. Por tanto, la norma prescinde de la causa del acto para combatir sus efectos.

De esta forma, la reintegración se funda en el perjuicio para la masa activa y enfocado a la protección de la condición de la totalidad de acreedores del concurso. En este sentido, el Tribunal Supremo considera que para una correcta valoración, esta no debe hacerse de forma unitaria, se trata de verificar si el mismo supone o no el perjuicio, en cuanto a su valoración de conjunto, atendiendo a las circunstancias que lo rodean así como a otros actos y negocios con los que pueda guardar relación.

## **2.2 Presunciones relativas de perjuicio.**

Junto a las presunciones *iure et de iure* se establecen en la regulación de la Ley Concursal sobre acciones de reintegración unas presunciones *iuris tantum*, esto es, que salvo prueba en contrario, se presumen perjudiciales para la masa activa.

### **2.2.1 Actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado.**

Presunción de análisis central en el trabajo el cual nos encontramos y que será estudiada más adelante con todo detalle y extensión.

### **2.2.2 Constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.**

El artículo 71.3.2º de la Ley concursal, presume perjudicial, salvo prueba en contrario, “*la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas*”. Esto

son las garantías no contextuales durante el periodo anterior de dos años a la fecha de la declaración de concurso.

Con carácter general, y atendiendo a la redacción en el Código Civil, la constitución de garantías reales ha venido siendo la existencia y determinación de una obligación principal cuya efectividad se asegura (Art. 1857 CC).

El fundamento de este precepto es la salvaguarda de la masa activa, impidiendo así que el beneficiario de la garantía constituida extemporáneamente se vea favorecido de cara al concurso en una situación futura, ya que la constitución de este tipo de garantías puede llevar a resultar un privilegio especial. A su vez, se establece en este supuesto, la inversión de la carga de la prueba, siendo los demandados los que deben probar que la constitución de la garantía real no ha sido perjudicial para la masa activa.

La justificación de la correcta constitución de la garantía debe estar relacionada con los efectos de un determinado negocio jurídico. Así pues, dada la necesaria conexión entre el negocio creador de la obligación y de la mencionada garantía, se ha de observar cómo se establecen las contraprestaciones en relación con la constitución de la prenda o hipoteca. Se entiende normalmente que esta incluida cuando es contextual al negocio creador de la obligación garantizada. En este sentido, cuando es extemporánea, entenderemos que se ha constituido a título gratuito si no existe contraprestación por parte del garante. Con lo expuesto, merece traer a colación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 18 de Enero de 2006 que declara perjudicial la constitución de una garantía ya que la parte demandada no consiguió probar *“qué beneficio para la masa ha producido el acto impugnado, ya que la garantía se ha constituido sin contraprestación alguna para el deudor y en consecuencia debe acordarse la rescisión del acto impugnado”*.

En la primera de las presunciones, el hecho es la constitución de la garantía real en un momento posterior al del nacimiento de la obligación,

entendiendo la obligación asegurada como no vencida. En segundo lugar, se presume el perjuicio patrimonial en la constitución de nuevas garantías reales a favor de obligaciones contraídas en sustitución de obligaciones preexistentes. Se requiere en este caso medir el contravalor que supone para el deudor la constitución de la garantía, se valora la proporcionalidad de la nueva garantía real que se presta en relación con la deuda refinanciada.

### **2.2.3 Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.**

La primera de las presunciones se dispone en el apartado segundo del mencionado artículo 71 LC, en virtud de la cual, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará la presunción relativa mencionada en este apartado.

Así pues, el apartado tercero del artículo 71 LC enuncia otra presunción para determinar si se ha producido perjuicio. En este caso la presunción es *iuris tantum*, por lo que, en los casos que citaremos el perjuicio se presume siempre que el deudor no pruebe en contrario, es decir, pruebe que en realidad no se ha producido perjuicio para la masa activa. Estos casos establece la Ley Concursal que, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume con *“los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso”*.

Este último caso de pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, se ha incorporado con la reciente Ley 38/2011 de Reforma Concursal y ahora es posible que el deudor defienda esta operación frente a la rescisión. El fundamento de considerar perjudicial este acto, es que, pese a que es cierto que si se extingue una obligación del deudor, en

principio, sería positivo para la masa, también es cierto que para extinguir dicha obligación se tendrá que sacrificar parte del activo de la sociedad y esto es contrario a la igualdad de los acreedores frente a la masa, pues la operación satisfaría a un acreedor en concreto y no al resto. Sin embargo, si la obligación que se extingue había sido asegurada con garantía real, la prevalencia de este acreedor sobre el resto que no contase con garantía habría sido asumida desde el otorgamiento de la misma y no se vulneraría el mencionado principio, por esto se permite al deudor probar que no ha habido perjuicio y que no cabe la rescisoria.

### **2.3 Efectos de la acción de reintegración en el concurso.**

La rescisión que sea consecuencia de la reintegración concursal requiere un previo pronunciamiento judicial. En este sentido, la sentencia que estime una acción de este tipo tiene carácter constitutivo pues, de acuerdo con su significado rescisorio, no se afectará la validez del acto impugnado, sino, tan solo, a sus efectos. Así lo pone de manifiesto el Art. 73 de la Ley concursal regula en su apartado primeras las consecuencias generales de la acción rescisoria: *“La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses”*.

Esta previsión de la Ley Concursal esta relacionada con el carácter rescisorio de la acción que quiere predicarse, de tal modo que se sanciona los actos impugnados desde un punto de vista de un supuesto de ineficacia no estructural, sino funcional. Lo que se pretende es actuar sobre la relación contractual que se crea al amparo y como consecuencia del acto impugnado, pero no respecto de la validez del contrato del que la relación deriva. Por ello, se afirma la validez del acto o contrato objeto de la acción de reintegración, pese a que el mismo quede privado de los efectos que, en principio, hubiera producido.

Por su parte, el tercero que adquiera de buena fe, el tercero *in bonis*, que se ve obligado a la restitución de lo que le entregara ahora el concursado va a aparecer como acreedor en virtud del acto rescindido. Podrá exigir a su vez, que se le restituya aquello que hubiera entregado el deudor común como consecuencia del acto impugnado. Así pues, el legislador califica el crédito del tercero *in bonis* como crédito contra la masa (cfr. Art. 73.3 LC), ofreciendo una adecuada protección a los intereses del tercero que, habiéndose relacionado con quien posteriormente fuera declarado concurso, ve cómo su adquisición se hace venir a menos como consecuencia de la reintegración de la masa activa del concurso.

A su vez, por el contrario si la actuación del tercero no se ajustara al oportuno patrón y fuera calificada de mala fe, apreciándose así en la sentencia que resolvería la impugnación del acto, las consecuencias serán distintas. En este sentido, hay que observar que la calificación del tercero como de mala fe no afecta a su derecho de crédito derivado de la rescisión, pues su proceder no acarrea la consideración como cómplice en el art. 166 LC, pero si la calificación que ha de merecer dicho derecho de crédito. Así pues, bajo tales circunstancias, se calificará como crédito subordinado.

## **II. Presunción relativa de perjuicio: impugnación de los actos dispositivos a título oneroso a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado.**

### **1. Introducción**

El patrimonio el cual está afecto al concurso no es únicamente el de titularidad del deudor a la fecha de la declaración de concurso. Al patrimonio del deudor se añaden los bienes objeto de reintegración concursal en el periodo de los dos años anteriores a la declaración de insolvencia. Las previsiones expuestas en el artículo 71 establecen supuestos para el ejercicio de la acción rescisoria concursal.

El presupuesto objetivo, como ya se ha expuesto con anterioridad, que se utiliza para la impugnación de actos del deudor, es el perjuicio para la masa activa, entendida como patrimonio común del deudor, sin la necesidad de que concurra ninguna actuación fraudulenta. Para el acompañamiento de la noción de perjuicio se dan una serie de presunciones con el fin de facilitar el tratamiento de los distintos actos realizados por el deudor. Se establecen, en este sentido, determinadas conductas sospechosas merecedoras de análisis, siempre que haya una salida patrimonial en cuanto a la masa activa o una carga de obligaciones que pudiera entenderse como injustificada. Así pues, en la regulación de la Ley Concursal, en el artículo 71.3.1 se establece una presunción de perjuicio, salvo prueba en contrario, para la masa activa, que consiste en los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

Dicha regulación, puesta en relación con el artículo 93 de la Ley Concursal, la cual enumera cuales son consideradas por el legislación personas especialmente relacionadas con el concursado, tanto si se trata de persona física, como jurídica, establece una sombra de sospecha sobre una de las personas mencionadas, por un posible trato de favor por parte del concursado, siendo posible que se demuestre la ausencia de perjuicio, así como el desconocimiento del mismo.

## 2. Alcance de la presunción de perjuicio

Partiendo de la idea que se extrae de la previsión normativa, el mismo artículo 71 de la Ley Concursal establece un régimen de perjuicio que excluye, en principio, la protección del *par conditio creditorum* y conforme a la cual todos los actos dispositivos a título oneroso que hubieran sido realizados con personas especialmente relacionadas con el concursado en los dos años anteriores a la declaración de concurso se presumen perjudiciales, salvo que no se demuestre lo contrario. En este sentido, y en relación con la administración concursal, que el acto realizado en los términos antes señalados sea presumiblemente perjudicial no obliga a la administración concursal a promover la rescisión del acto. La Ley únicamente facilita en cuanto a que no se vean en obligación de justificar<sup>5</sup> la sospecha de perjuicio en relación con un acto realizado con una de las personas cercanas al concursado, basado en el posible trato de favor realizado<sup>6</sup>.

Así pues, una vez concluido el inventario por parte de la administración concursal, se incluirá una relación de cuantas acciones debieran promoverse para la composición de la masa activa de derecho. Se incluirán, en este sentido, las acciones frente a los actos perjudiciales realizados a favor de las personas especialmente relacionadas, bastando para ello con que se justifiquen los presupuestos que para ello exige la ley, tales como, el carácter dispositivo y oneroso del acto, la cualidad de persona especialmente relacionada y el límite temporal establecido.

En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia en el momento de hacerse

---

<sup>5</sup> Se establece en el Art. 72.3 LC la ausencia de justificación, pues deberá probar por la otra parte que el mencionado acto no es perjudicial.

<sup>6</sup> Ahora bien, la ausencia de justificación en el ejercicio de la acción no implica que la administración concursal no venga obligada a realizar un juicio de valor sobre el posible carácter perjudicial del acto, ya que si el acto no es perjudicial, el amparo de la acción no va a impedir una posible acción de responsabilidad frente a los administradores concursales en el caso en el que se aprecie cierta temeridad en el ejercicio de la acción.

efectivo el pago, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "*par condicio creditorum*".

Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el Art. 93 de la Ley Concursal, el Art. 71.3.1 lo presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario. En consecuencia, en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada<sup>7</sup>.

### **3. Presupuestos de aplicación**

En relación con los presupuestos de aplicación en cuanto al precepto Art. 71.1.3 LC la referencia es triple. En primer lugar, y establecidos por el legislador en contraposición de lo previsto para los actos de disposición gratuitos articulados en el Art. 71.2 LC, debemos atender a los actos dispositivos realizados a título oneroso. En segundo lugar, es necesario determinar el ámbito de aplicación de los sujetos afectados, esto son, las personas especialmente relacionadas con el concursado. Por último, se analizara, la previsión en cuanto al límite temporal de dos años establecido por el precepto.

#### **3.1 Actos dispositivos a título oneroso.**

En relación con los actos dispositivos a título oneroso, y en un intento por superar el viejo régimen de reintegración contenido en el Art. 878 del Código de Comercio, se establece un sistema de reintegración que persigue una

---

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Supremo del 10/07/2013, donde se hace especial referencia a la condición, y modo de actuación en base a los actos de disposición con personas especialmente relacionadas con el concursado.



adecuada protección de la masa activa, permitiendo la rescisión de todos aquellos actos que supongan un perjuicio para la misma, o en su caso, que no respondan a una justificación o respaldo en el plano económico.

En primer lugar, para que un acto sea rescindible, debemos atender a su carácter dispositivo. Se basa el precepto en que pueden ser impugnadas mediante acciones rescisorias todas las actuaciones del deudor que impliquen una disminución de su patrimonio<sup>8</sup>. En este sentido, la delimitación legal no se centra únicamente en los contratos, sino que posee un carácter más amplio, incluyéndose todo tipo de actos. Se integran, por lo tanto, tanto los negocios que se han dado en llamar jurídico-reales, en relación con la enajenación, gravamen o renuncia de un derecho real, como los negocios dispositivos jurídico-obligacionales, en los que se enajena, renuncia o modifica un derecho de crédito<sup>9</sup>, ya sean ordinarios o extraordinarios.

En segundo término, es necesario probar la onerosidad del acto, entendida en el sentido de que es necesario que concurra una contraprestación, puesto que si no se satisface esta exigencia, el acto sería gratuito, por lo que se aplicaría la presunción absoluta del art. 71.2 LC. En este sentido, el perjuicio se presume que la mencionada contraprestación no ha de corresponderse con la prestación entregada, puesto que de ser así, no será rescindible en cuanto a la acción de reintegración concursal por no ser perjudicial. A pesar de que el establecimiento de perjuicio deviene del hecho de que no exista correspondencia entre prestaciones, hay que atender al momento y circunstancias concretas del acto que se enjuicia. Atendiendo a la exigencia de que la determinación del carácter habrá de hacerse caso por caso<sup>10</sup>, valorando

---

<sup>8</sup> Vid LEÓN SAN, F.J., “De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa. Comentario del artículo 71 LC”, en *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, España, Thomson-Civitas. Vol 2, 2004.

<sup>9</sup> Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M.P., *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, Ed. Reus/Díez-Bastién&Truhán, Madrid, 2005, pg. 76.

<sup>10</sup> Merece la pena mencionar la Sentencia del Juzgado de los Mercantil núm. 1 de Valencia que sostiene “que bastará con poder catalogar el cuestionado acto como económicamente negativo (como determinante de una disminución de patrimonio realizable del deudor o de una alteración injustificada de las preferencias de cobro que pudiera corresponder a los acreedores) en referencia a la venta que se efectuó en la época de desarreglo económico que suele proceder a toda declaración de concurso y en la que el deudor procura retrasarla con operaciones que suelen mas bien ser precipitadas”

en este sentido, la diligencia que le sea exigible a quien decidió realizar dicho acto<sup>11</sup>.

Como se ha apuntado, y en relación con la finalidad de la acción de reintegración concursal, se trata de una reconstrucción patrimonial, que se trata, por un lado, de recuperar para la masa aquellos bienes o derechos que no debieron salir del patrimonio del deudor, y su vez, impedir la salida de patrimonio que corresponde estar en la masa activa. Se trata, por tanto, de lograr una incorporación definitiva a la masa concursal de aquellos bienes o derechos que debieron estar incluidos en el patrimonio del deudor.

En relación con los actos que el deudor pudo realizar, y que de manera ulterior se demuestran perjudiciales para la masa del concurso, se pueden agrupar en dos bloques, y la diferencia entre los mismos es que se hubiera producido un desplazamiento patrimonial del patrimonio del deudor a favor de una persona especialmente relacionada, o en los casos en lo que el mencionado desplazamiento no se ha producido.

En los segundos, en las ocasiones donde no ha existido desplazamiento a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, se entiende que la acción de reintegración del artículo 71 de la Ley Concursal no es de aplicación, en la medida en la que no tiene sentido reconstrucción alguna. En este sentido, la administración concursal tiene necesariamente limitada su capacidad para el ejercicio de la acción de impugnación frente a los actos en los que el concursado no hubiere llevado a cabo desplazamiento patrimonial alguno, ya que no se detecta perjuicio en la masa activa.

Por el contrario, cabe entender que en los supuestos en los que se haya producido un desplazamiento patrimonial perjudicial para la masa activa, y ante la ausencia de equivalencia de prestaciones la acción de impugnación se justifica y en el caso de prosperar ésta devolverá a la masa activa el elemento

---

<sup>11</sup> En relación con las personas especialmente relacionadas con el concursado, la atención del caso en concreto hace que las mencionadas personas tengan que defender el carácter oneroso del acto, para poder verse envueltas en el supuesto en el que nos encontramos de presunción relativa, y no de tratarse de un acto de disposición gratuito y valorarse en consecuencia como una presunción absoluta.

patrimonial desplazado, surgiendo de esta manera, a favor del demandado, un derecho a la prestación que podrá satisfacerse, bien con cargo a la masa, o bien como crédito concursal en función de la buena o mala fe que haya operado en el caso. Se establecen, en base a las condiciones de los mercados ciertas limitaciones<sup>12</sup> con respecto de la acción rescisoria a interponer por parte de la administración concursal, ya que ésta debe actuar con cautela y no rescindir un acto cuya consecuencia será la incorporación de un bien patrimonial con menor valor del que tenía en el momento de la perjudicial transmisión.

Existen unos determinados supuestos, en los que existiendo un desplazamiento patrimonial que pudiera resultar no perjudicial en cuanto a sus condiciones, responde a situaciones que, con un análisis completo del negocio, son reconducibles hacia la acción de reintegración. El supuesto más característico es el de los préstamos sustitutivos<sup>13</sup> de capital en los que la aportación del socio se suple con una financiación de los mismos, en un intento por trasladar el riesgo empresarial de los socios a los acreedores. Se trata, en estos supuestos, de darle a la acción de rescisión concursal una visión global que refiriéndose a los actos con carácter general y reconociendo un interés reconstructivo bidireccional, permite incluir a los préstamos sustitutivos que, de otro modo, se constituyen como operaciones válidas.

Se establece, en este sentido, un sistema de presunción específico que consigue, en cuanto a los préstamos sustitutivos del capital, descargar a la administración concursal del complicado del problema de valoración al respecto. Salvo que el demandado logre demostrar lo contrario, se presume que el préstamo sustituye a la aportación y por ello es perjudicial, de modo que toda amortización<sup>14</sup> del mismo que se haga será rescindible. La carga de la

---

<sup>12</sup> Puede darse, en una operación realizada en perjuicio de la masa, si se atiende a las condiciones del mercado, puede resultar incluso mas ventajosa que la reintegración.

<sup>13</sup> Son supuestos problemáticos, estos de la infracapitalización, donde el perjuicio de estos prestamos para el concurso no se basa en las condiciones de la operación, sino que el verdadero juicio negativo para tales actos viene dado por el hecho de que constituyen patrimonio que debiendo haber sido aportado a la sociedad, es entregado a la misma por vía de la financiación. La sociedad infracapitalizada cuenta con menos recursos de los que debiera, cuestión que a la hora de articular su responsabilidad patrimonial adquiere especial relevancia.

<sup>14</sup> Lo que se pretende es llevar a la masa activa bienes que, al no ser calificados como aportación, escapan del patrimonio del concursado, buscando en su caso, los mecanismos legales mas adecuados para ello y que en este caso particular se articulan a través de la impugnación de la amortización. En este sentido, la

prueba corresponderá al socio demandado quien tendrá que destruir la presunción.

### **3.2 Ámbito subjetivo de la aplicación: las personas especialmente relacionadas con el concursado.**

La aplicación del artículo 71.3.1 de la Ley Concursal está supeditada a una segunda condición, la cual es que se haya realizado el acto dispositivo a favor de una persona especialmente relacionada con el concursado. El fundamento se sostiene en base a la sospecha que se levanta cuando el deudor realiza un acto de disposición a una persona con la que tiene especial relación, presumiendo el carácter perjudicial del acto. Con la previsión normativa establecida, no es necesario probar la existencia de fraude por parte del concursado, ni tampoco, en un primer momento resulta relevante cual sea la conducta de la persona especialmente relacionada, sino que basta con que estemos ante un acto dispositivo realizado con una persona especialmente relacionada, para que se valore de forma negativa y se establezca la presunción. También la LC toma en consideración la posición de estos insiders y la información de que pueden disponer. De otro lado, también la LC considera que la posición de esos sujetos no puede ser la ocasión para que puedan eludir el riesgo empresarial que han asumido, por lo que con estas prescripciones legales se pretende reconstruir la posición que han de ocupar en el concurso. La mejor muestra de ello es el problema de la infracapitalización, donde ésta no se considera prohibida, pero es necesario reordenar la posición de los socios (créditos subordinados), a fin de que puedan trasladar su riesgo propio a los acreedores.

En este supuesto el elemento subjetivo no se encuentra en la acción aunque quede en el ámbito de suposición de la norma a pesar de que no se contemple expresamente<sup>15</sup>.

---

administración concursal que detecte la existencia de un préstamo sustitutivo del capital amortizado o pendiente de amortizar parcialmente, deberá instar a la rescisión de los pagos realizados, sin atacar al contrato de financiación, consiguiendo de este modo que las cantidades entregadas permanezcan en el patrimonio de la concursada supliendo la falta de la debida aportación.

<sup>15</sup> Afirma ALCOVER GARAU “la proximidad de todas estas personas hace que sea lógico pensar que los negocios jurídicos realizados con ellas encierran maniobras fraudulentas fundamentalmente de tipo simulatorio: el administrador simula un crédito a su favor, el hermano simula una venta con este...”.

En este sentido, la presunción hace referencia exclusivamente a las personas especialmente relacionadas, haciendo referencia al artículo 93 de la Ley Concursal, sin que quepa la ampliación a otros sujetos<sup>16</sup>, por mucha vinculación que tuvieran con el concursado. A su vez, el legislador opta por una enumeración cerrada<sup>17</sup> de las personas que la ley califica como especialmente relacionadas con el concursado, y cuyos créditos van a sufrir unas consecuencias legales derivadas del precepto.

Por último, el legislador diferencia a las personas especialmente relacionadas con el concursado cuando fuera persona física, de aquellos supuestos donde el concursado sea persona jurídica. Parece clara la necesaria diferenciación anteriormente mencionada, ya que como afirma ALONSO LEDESMA *“no resulta equiparable la relación de parentesco o afinidad en el caso de las personas físicas y de la condición de “insiders” en las personas jurídicas. Abandonado el modelo de familia romana hace ya muchos años, difícilmente puede afirmarse que la sola relación de parentesco, excluyendo, quizás, el cónyuge o quien conviva habitualmente con el deudor aun sin mediar ningún vínculo jurídico, transforme al pariente en “insider”, en un “enterado o conocedor” de la situación financiera del deudor al que intenta favorecer en detrimento de sus acreedores”*.

En este sentido, debemos atender en primer lugar, al *“cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso”*. Cabe resaltar, que con la expresión establecida se resuelve adecuadamente el supuesto incluyendo cualquier relación afectiva al margen del matrimonio, y a su vez, se incluye la calificación a quienes hubieran sido cónyuge o pareja de hecho del concursado

---

<sup>16</sup> En la Ley de Sociedades de Capital se establece en el artículo 127 ter, apartado 5º una serie de personas especialmente relacionadas con los administradores.

<sup>17</sup> GARRIDO, J.M., quien justifica la solución en la búsqueda de un alto grado de rigor y de seguridad, en *“Personas especialmente relacionadas con el concursado” Comentario a la Ley concursal* (dir. ROJO A./BELTRÁN E.), Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pg 1671.

en los dos años anteriores a la declaración del concurso, siendo indiferente si el cónyuge se encuentra en situación de separación, se hubiese divorciado o existiese una declaración de nulidad<sup>18</sup>.

Junto al cónyuge o pareja de hecho el legislador contempla entre las personas especialmente relacionadas a los “*ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior*”. En este sentido, el precepto parece no dejar lugar a dudas, sin embargo, algunos autores<sup>19</sup> consideran que se tendría que considerar que cuando se habla de subordinación del crédito de los familiares en primer o segundo grado, se deberían incluir aquellos supuestos en los que el crédito se tenga frente a la herencia de cualquiera de ellos, sin admitir que la herencia pueda tener personalidad propia.

En tercer lugar, se establecen como personas especialmente relacionadas con el concursado “*los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado*”. Se amplía en este aspecto el círculo de las personas cuyos créditos van a tener un menor valor con respecto a otros acreedores, incluyéndose los cónyuges, pero por otro lado, no se introducen figuras como a quien sin ser cónyuge convive con los ascendientes, descendientes o hermanos del concursado con idéntica relación de afectividad. En este sentido, el legislador no establece el momento en que dicho vínculo deba existir para condicionar la calificación del crédito, en diferencia del supuesto anteriormente citado. La balanza se inclina, por considerar, que el momento que habrá de tenerse en cuenta será aquel en el que se declare el concurso, y no el momento de nacimiento del crédito como se interpreta en otros supuestos.

La Ley Concursal, junto a las persona físicas, incluye un círculo de personas especialmente relacionadas con el deudor en el caso en el que sea persona jurídica. Este análisis por parte del legislador se divide en tres tipos de

---

<sup>18</sup> Se intenta superar así posibles fraudes, lo cual sin embargo no perjudica la posición jurídica de quien tuviera algún derecho como cónyuge, descendiente o ascendiente que dependa económicamente del concursado toda vez que confirme establece el Art. 84.2.4 LC este tipo de créditos será calificado como crédito contra la masa y en consecuencia escaparía a la clasificación.

<sup>19</sup> Se destaca, a su vez, que la norma no determina el grado hasta el que alcanza la subordinación en línea recta, situación que, en principio, no plantea problema en la práctica.

personas, los socios de la concursada, los administradores de hecho o de derecho de la misma, y por último, las sociedades que formen parte del mismo grupo que la declarada en concurso.

En cuanto a los socios, la Ley Concursal establece en primer lugar, que serán considerados personas especialmente relacionadas con la concursada, los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales. Dicha disposición posee cierto sentido, ya que en sociedades personalistas no parece razonable que cobren primero quienes, en virtud de la responsabilidad personal, subsidiaria, ilimitada y solidaria, han de responder posteriormente con todos sus bienes en caso de que el patrimonio social resulte insuficiente para atender la totalidad de créditos de los acreedores.

Junto a los socios anteriormente citados, la Ley Concursal subordina los créditos de los socios que posean una participación significativa en la sociedad, estableciendo los que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5 % del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera<sup>20</sup>. Se suponen ciertas críticas<sup>21</sup> de algunos autores en cuanto a la limitación de un porcentaje fijo para la consideración de persona especialmente relacionada puesto que la concreción de un determinado porcentaje legal de participación no deja de ser una fijación aleatoria por ser distinta en cada caso la estructura participativa de los socios en cada sociedad. Por lo tanto, en el caso de los socios, no van a ser todos los créditos de la persona especialmente relacionada con el concursado los que se subordinen, sino que solamente aquellos que hubieran surgido cuando su titular fuera propietario, de al menos, el 5% del capital social, si la sociedad tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario, y el 10% si no los tuviera. Se

---

<sup>20</sup> Apartado 1.º del número 2 del artículo 93 redactado por el número cuatro del artículo 9 del R.D.-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica («B.O.E.» 31 marzo). Véase la disposición transitoria quinta del mencionado R.D.-ley sobre reconocimiento y subordinación de créditos. Vigencia: 1 abril 2009.

<sup>21</sup> La Ley no ha resuelto de forma clara la posición jurídica de quienes sin tener la propiedad ostentan el control de una participación superior a esos límites, o en cuanto a las personas relacionadas con el titular de la participación.

introduce a su vez, que serán personas especialmente relacionadas quienes en el momento del nacimiento del derecho de crédito ostentaran la participación señalada, y por lo tanto, para que se de la subordinación del crédito habrá de tenerse la participación significativa en el momento en que naciera frente a la sociedad con independencia de cual fuera la situación en el momento de declaración de concurso<sup>22</sup>. A su vez, hay que advertir que no todo crédito de los socios merece la subordinación por esta causa, sino, tan solo, los derivados de “préstamos u otros actos de análoga finalidad”.

De igual modo, la Ley Concursal en el marco de la persona jurídica, califica como personas especialmente relacionadas con el concursado los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Se incluyen con la reciente reforma, a los administradores de hecho, lo cual en sede concursal adquiere importancia, puesto que es preciso que la administración concursal acredite suficientemente en el procedimiento la subordinación del crédito, debiendo justificarse al detalle en el informe que acompaña a la lista de acreedores a fin de abrir la vía de impugnación por el sujeto afectado.

Por último, la Ley Concursal, en lo que respecta a persona jurídica, incluye a las sociedades que formen parte del mismo grupo<sup>23</sup> que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, como supuesto de personas especialmente relacionadas con el concursado siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1.º de este apartado. La Ley determina cuales

---

<sup>22</sup> Se considera por tanto, indiferente que ese porcentaje haya disminuido, aumentado o incluso que el socio haya dejado de serlo en el momento de la declaración de concurso, ya que lo que resulta realmente relevante, es que en el nacimiento del crédito, el acreedor hubiera tenido, la ejercite o no, una mayor capacidad de control o de información sobre el mismo.

<sup>23</sup> Apartado 3.º del número 2 del artículo 93 redactado por el número sesenta y cuatro del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012.

El artículo 93.2.3º, a los efectos de la clasificación de los créditos afectados, se aplicará a los concursos en tramitación al tiempo de la fecha de entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal. A tal fin, y para dichos procedimientos, la entrada en vigor de esta ley, constituye circunstancia extraordinaria que posibilita la ampliación judicial del plazo previsto para la emisión de informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la Ley Concursal (Disposición transitoria cuarta de la Ley 38/2011, de 10 de octubre).



son los socios que por pertenecer a las sociedades del grupo van a soportar la subordinación de sus créditos, se entiende que son los socios titulares de una participación del 5% si las sociedades cotizan y un 10% sino lo hacen. En este sentido, la Ley concursal no precisa, define o concreta que debe entenderse como sociedades del mismo grupo. Por el contrario, sí lo hace el proyecto de ley de Reforma de la Disposición Adicional Sexta, y dispone que a efectos de esta Ley, se entenderá grupo de sociedades lo dispuesto en el Art. 42.1 del Código de Comercio<sup>24</sup>.

Finalmente, en el abanico de personas especialmente relacionadas cuando el concursado se trata de persona jurídica, encontramos a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Se amplía en este caso el círculo de personas especialmente relacionadas a quienes no tienen vinculación directa con el concursado, justificada por el notable peligro que puede acarrear para el concurso la utilización del mecanismo de cesión de créditos. Se articula la subordinación a través de una presunción *iuris tantum*, no siendo de manera automática, siendo posible, de esta manera, que el juez valore la conducta seguida por quienes han adquirido créditos de personas vinculadas al deudor.

El titular del crédito es el que se ve afectado por la calificación imponiéndosele, por sus características, una serie de consecuencias aplicable a todas las relaciones crediticias que tuviera con el concursado. Así pues, en

---

<sup>24</sup> Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- Posea la mayoría de los derechos de voto.
- Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

relación con el artículo 92.5 de la Ley Concursal determina una serie de sujetos que por su cercanía con el deudor, ven sus créditos gravemente postergados, estableciéndolos como *créditos* subordinados. A su vez, el hecho de que tenga un solo crédito subordinado por especialmente relacionado, le otorga tal calificación haciéndole en consecuencia participe de su régimen jurídico impidiendo, por ejemplo, que pueda acceder a la administración concursal o ser representante en la junta.

En cuanto a la disposición de los créditos de las personas calificadas como especialmente relacionadas con el concursado, existe otra tesis sostenida por algunos autores<sup>25</sup> la cual establece que debemos de tener presente la condición de subordinados de carácter general para los créditos de los que fueran titular las personas especialmente relacionadas con el deudor (Art. 92.5º LC), y por otro lado, los efectos restitutorios de las prestaciones que se predicán de la acción rescisoria concursal (Art. 73.3 LC). Se defiende que si se atiende al régimen rescisorio se establece que el derecho de prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá consideración de *crédito contra la masa* que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará *crédito concursal subordinado*. Así pues, de acuerdo a esta interpretación, los créditos derivados de la rescisión serán subordinados solo cuando exista declaración de mala fe que la Ley exige. No existiendo esta declaración nos situamos ante *créditos contra la masa* (Art. 73.3 LC), por el contrario, de existir declaración de mala fe sobre la persona especialmente relacionada con el deudor, su crédito se establecerá como subordinado.

### 3.3 El límite temporal.

El tercero de los supuestos exigido para el ejercicio de la acción de reintegración concursal, integrados en la norma, se refiere al límite temporal

---

<sup>25</sup> ESPIGARES HUETE, JOSE CARLOS, en “La acción rescisoria Concursal” (dir. ROJO A./BELTRÁN E.), Thomson/Civitas, Madrid, 2011.

para la determinación de actos impugnables. La presunción contenida en este presente artículo 71.3.1 de la Ley Concursal, se suma al plazo general de los dos años anteriores a la declaración de concurso establecido en el régimen general de la acción de reintegración concursal, ya que no se estipula regulación específica al respecto.

### **III. Problemas particulares concretos en cuanto a la determinación las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica.**

Las razones por las que el legislador considera que unas determinadas personas tienen una especial vinculación con el deudor en el caso de deudor como persona jurídica, están relacionadas con la posibilidad de acceder a información económica del deudor y con ello, anticipar las consecuencias de un futuro proceso concursal. El legislador, a su vez, considera que los créditos que son de titularidad determinadas personas merecen menor protección<sup>26</sup> en relación con los créditos concursales externos, en atención a la posibilidad que tendrán ciertas personas de influir sobre las decisiones que adopte el deudor. Por ello, se analiza este tercer punto, definiendo cuales y en que condiciones se consideran personas especialmente relacionadas con el deudor siendo este persona jurídica, y por lo tanto, los actos de disposición a título oneroso a su favor sería considerados como perjudiciales para la masa activa, y por ende, posiblemente rescindibles en cuanto a la acción de reintegración concursal, y su vez, desde una perspectiva de la subordinación de créditos de los cuales fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas estipulada en el artículo 92.5º LC. Esa capacidad de influir adquiere relevancia en casi todos los supuestos previstos por el artículo 93.2 LC, particularmente en el de los socios con participación significativa, los administradores, los liquidadores y la sociedad dominante de un grupo de sociedades. En el caso del grupo de sociedades la motivación de la norma vendrá de la voluntad de asignar un menor valor a los créditos que hayan nacido para cumplir con el interés del grupo, lo que les sitúa en un plano jurídico distinto del resto de acreedores externos.

---

<sup>26</sup> El artículo 92.5º LC establece como subordinados los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

## **1. Socios del concursado personal e ilimitadamente responsable de las deudas sociales o titular de una participación significativa**

### **1.1 Cuestión temporal**

En primer lugar, habrá que analizar en qué momento se debe apreciar la concurrencia de las circunstancias de hecho para proceder a la calificación de una persona como especialmente relacionada. Un sector de la doctrina entiende que lo relevante es que la condición de persona especialmente relacionada concorra al tiempo de la concesión del crédito, al entender que en ese instante se presume que el socio que conceda un préstamo al deudor o realice con este cualquier otro negocio jurídico del que nazca un derecho de crédito, tenía acceso privilegiado a la información sobre la situación económica del deudor, y podría influir en sus decisiones y en relación con ello, pretender ayudar a aquel en perjuicio del resto de acreedores u obtener para sí una situación ventajosa respecto a estos.

Se plantea especial problema en el caso de la posible modificación de la participación del socio, en cuyo caso se pueden plantear dos supuestos distintos. En primer lugar, el supuesto en el que tras haber nacido el crédito, el socio que tenía una participación significativa en el capital social, pasa a tener una participación por debajo del límite legalmente establecido o deje de ser socio, y en segundo lugar, aquel que en el momento de nacer el crédito no incurría en el supuesto del artículo 93.2.1 LC, pero al tiempo de declararse concurso, ya ha adquirido la condición de socio responsable de las deudas sociales o posee una participación significativa. Según la doctrina mayoritaria, esa modificación en la participación del socio no debería alterar la condición de persona especialmente relacionada, lo que llevaría a no considerar la mencionada circunstancia como excepción de la aplicación del artículo 93.2.1 LC.

## 1.2 Socio personal e ilimitadamente responsable

El primer supuesto que menciona el artículo 93.2.1 LC es el que se refiere a los socios personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales, siendo compartida por la doctrina que la norma se refiere principalmente a la sociedades mercantiles reguladas por el Código de comercio, están son, sociedad colectiva, comanditaria simple y comanditaria por acciones. Numerosos autores consideran que la norma se aplicara al socio colectivo, sea de una sociedad colectiva, o comanditaria en sus dos formas posibles, ya que se caracteriza por responder frente a la deudas sociales con carácter subsidiario de forma personal e ilimitada. También se menciona al socio comanditario en el caso de que se cumpla los requisitos del mismo Código de Comercio, cuando incluya su nombre o consienta su inclusión en la razón social de sociedad. Otros casos destacados por la doctrina que se consideran incluidos en la norma son el socio de la sociedad civil, el socio o accionista único en el caso previsto en el artículo 129 LSRL<sup>27</sup>, así como el socio de la sociedad irregular, a la que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16.2 LSA y 11.3 LSRL le son de aplicación las normas de la sociedad colectiva, o en su caso de la sociedad civil, lo que implica la aplicación a sus socios del régimen de responsabilidad ilimitada para este tipo de sociedades.

En relación con la consideración de los socios personalmente e ilimitadamente responsables de las deudas sociales como personal especialmente relacionada con el deudor, la racionalidad de tal consideración no se justifica, a diferencia del resto de supuestos del artículo 93 LC, únicamente por la influencia e información que pueda ostentar frente a la sociedad deudora, sino también y principalmente por su propio régimen de responsabilidad. La constatación de la circunstancia de que las deudas de la sociedad podrán ser satisfechas sobre el patrimonio de los socios que respondan de las mismas, conlleva necesariamente que sus créditos no puedan quedar situados en la misma posición que el resto de créditos de acreedores externos. La consideración de

---

<sup>27</sup> Cuando transcurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal, no se hubiese escrito esta circunstancia en el Registro Mercantil, lo que comportará su responsabilidad personal, ilimitada y solidaria por las deudas sociales hasta tanto no se inscriba la unipersonalidad.

los socios como personas especialmente relacionadas exige que concurra un requisito más, pues exige el requisito material de que los créditos deriven de “préstamos o actos con análoga finalidad.

### **1.3 Socio titular de una participación significativa**

El segundo supuesto previsto en el artículo 93.2.1 LC contiene, a su vez, una doble previsión normativa, considerando que es persona especialmente relacionada el socio que posea en el capital social del deudor concursado una determinada participación, la cual sea al menos del cinco por ciento para el caso de que el deudor sea sociedad cuyos valores están admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o en caso de que no los tuviera del diez por ciento<sup>28</sup>.

Se ha denunciado en la doctrina que las razones que llevan al legislador a establecer un determinado límite de la participación no son del todo claras, siendo que el criterio legal pudiera ser aleatorio y no haber tenido en cuenta la distinta estructura participativa en cada sociedad, pudiéndose producir casos de socios con porcentajes superiores al cinco o al diez por ciento pero que carezcan de capacidad de decisión para influir sobre el deudor o, por el contrario, socios que teniendo una participación menor a la legalmente establecida, por ostentar una posición de control o, por llegar a un acuerdo con los socios, hayan logrado conseguir una capacidad de decisión sobre el deudor.

#### **1.3.1 Concepto de participación significativa**

El primer supuesto de participación significativa es el que se establece respecto de las sociedades cotizadas, con al menos el cinco por ciento del capital. Dado que este tipo de sociedades disponen de una normativa

---

<sup>28</sup> Esta norma, si bien había sido planteada en su redacción actual desde el inicio del proceso de elaboración de la Ley Concursal, fue temporalmente modificada en ese trámite al establecerse un requisito adicional al de la ostentación de una cierta participación, exigiendo en el PLC que los socios se encontrasen en relación con el deudor en alguna de las situaciones numeradas en el artículo 42 C.com.

sectorial para determinados aspectos, resulta de utilidad acudir a la misma para justificar el mencionado límite impuesto en la Ley Concursal. Se entiende que la remisión pudiera estar hecha a la Ley del Mercado de Valores, en concreto a su artículo 53, desarrollado por el RD 377/1991, de 15 de Marzo, sobre comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas y de adquisiciones por éstas de acciones propias, disposiciones que se ocupan del régimen de información y publicidad de las participaciones significativas en las sociedades cotizadas, habiéndose concretado las mismas en las que alcancen o superen el porcentaje del cinco por ciento del capital social.

En cuanto al porcentaje del diez por ciento del capital social para las sociedades no cotizadas, el artículo 93.2.1 LC pudiera en este punto remitirse a la norma contenida en el artículo 151 LSC, que se enmarca en el régimen de las participaciones recíprocas y según el cual, el socio que ostente una participación mayor del diez por ciento del capital deberá notificárselo a la sociedad, norma que, de acuerdo con un sector de la doctrina, supone establecer en el ámbito de las sociedades mercantiles la obligación de notificar, con carácter general, las participaciones significativas que puedan conceder al socio cierta posibilidad de influir en la sociedad<sup>29</sup>.

### **1.3.2 Criterios para la subordinación**

Los límites fijados en la Ley española hacen extraer que no guardarían relación con la posibilidad de que una persona especialmente relacionada tenga de acceder la información del deudor, ya que, en el régimen de sociedad anónima, la ostentación de un porcentaje del diez por ciento no es un criterio que se utilice para determinar una mayor posibilidad de

---

<sup>29</sup> Hemos señalado que a pesar de la aparente similitud entre el artículo 151 de LSC y el artículo 93.2.1 LC en cuanto al límite de participación, éste no está establecido en idénticos términos en los dos regímenes normativos, ya que en el ámbito concursal poseerá una participación significativa quien ostente una participación igual o superior al diez por ciento del capital, mientras en el marco de las participaciones recíprocas se considera significativa aquella que supere el diez por ciento del capital, quedando excluidas las participaciones iguales a ese porcentaje.



conocimiento de la situación económica de la sociedad. Si bien es cierto, que en la sociedad de responsabilidad limitada, en el artículo 196 LSC establece un derecho específico de información para los socios que posean una participación de al menos el veinticinco por ciento del capital social, el cual se concreta en la posibilidad de examinar, por sí o en unión de un experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales. Pero ese derecho de información para el socio no es ilimitado, sino que se circunscribe al examen de una concreta documentación y, además, el límite de participación fijado no es el mismo que el establecido en el artículo 93.2.1 LC para determinar el concepto de socio con participación significativa. Entendemos que los límites fijados por la normativa concursal guardan relación más bien con la capacidad de influencia que le pueda conceder al socio su participación.

### **1.3.3 Supuestos de obtención de posición de influencia significativa**

Analizando, a los efectos de calcular los porcentajes establecidos en el artículo 93.2.1 LC, cabría considerar el posible cómputo de todos los derechos de voto ostentados por el socio, bien sean estos como consecuencia de la titularidad directa de acciones o participaciones, bien sea por ostentar aquel la condición de usufructuario o acreedor pignoraticio, por ostentar la participación significativa una de sus sociedades filiales, o por haber alcanzado acuerdos con carácter estable con otros socios sobre el ejercicio concertado de los derechos de voto, por citar algunos de los supuestos de participación significativa indirecta que encontraría apoyo normativo.

### **1.3.4 Aplicación al ámbito de las personas especialmente relacionadas**

Se entiende que, en varios de los casos descritos, existe una posibilidad teórica de que el socio, siempre que detente directa o indirectamente una participación equivalente a los porcentajes señalados en la norma concursal, pueda influir en la sociedad deudora, lo que pudiera hacer nacer la

presunción de que habrá obtenido una posición de ventaja en comparación con la masa pasiva externa. Como ha sido acertadamente señalado en la doctrina, los supuestos de participación significativa de manera indirecta pueden tener plasmaciones prácticas de muy diversa índole, lo que resulta que no se puedan ofrecer soluciones cerradas al respecto de todos los supuestos de la práctica. Se trata entonces, de la subordinación de los créditos de aquellas personas que, sin ostentar la condición de socio con participación significativa, pueden ejercer sobre la sociedad concursada una influencia decisiva equiparable a aquellos socios con semejante participación, y abogando a su vez, por que la administración concursal actúe con rigor en la aplicación de la solución subordinativa en aquellos casos en los que existan indicios suficientes de que un determinado acreedor haya estado situado en una posición que le haya permitido influir al deudor para atribuirse una ventaja respecto de la masa pasiva externa. En cuanto al tratamiento que deba darse a las acciones sin voto, según la normativa del mercado de valores éstas no cuentan para integrar la noción de participación significativa. En la Ley Concursal, por el contrario, el legislador no ha realizado ninguna distinción al respecto, lo que lleva a pensar que deban ser tenidas en cuenta a efectos de la subordinación.

## **2 Administradores de hecho o de derecho, liquidadores y apoderados con poderes generales en la empresa, o quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso**

El segundo de los supuestos establecidos en el marco de las personas especialmente relacionadas con el deudor persona jurídica hace referencia a una diversidad de casos que serán de análisis de forma separada.

En cuanto a la motivación que se le debe dar a la norma, son la capacidad de influencia en el deudor y el acceso a información sobre su situación económica. Parece indiscutible que quienes ocupen el cargo de administrador, liquidador o sean apoderados revestidos de las más amplias facultades, estarán en disposición de influir en las decisiones adoptadas por el deudor, ya que, a través de las

competencias que le vienen atribuidas legal, estatutaria y convencionalmente, ejecutarán y darán forma y cumplimiento a la voluntad de la persona jurídica. Ello les permite llevar a cabo actos con el deudor que pueden perjudicar a la masa pasiva en su propio interés, y aun más, si se toma en consideración el hecho de que los administradores tienen acceso a toda la información sobre la situación económica y financiera de la sociedad<sup>30</sup>, y por ser ese acceso de carácter ilimitado, el legislador deduce la sospecha de que en atención a cual sea la situación del deudor, van a intentar asegurar su posición en un futuro procedimiento concursal.

En lo que respecta a la cuestión temporal, procede analizar el momento que debe ser tenido en cuenta para configurar la noción de persona especialmente relacionada en relación con quienes ostenten la gestión y dirección de los negocios sociales. Según el tenor literal del artículo 93.2.2º LC, la clasificación como persona relacionada se extiende a aquellos que ostenten las diferentes condiciones que analizaremos seguidamente, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Se podría interpretar, que la condición de administrador, liquidador o apoderado general deberá acreditarse en relación con el momento en el que se haya declarado concurso, estableciéndose por parte del legislador una extensión hacia atrás en el tiempo de quienes hubieran ocupado el cargo en algún momento dentro de los dos años anteriores a dicha declaración. Dentro de los supuestos de extensión retroactiva de la calificación como persona especialmente relacionada, como los que hayan dejado el cargo durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, son de aplicación automática, presumiendo el legislador en el administrador que cesa una capacidad de influencia e información sobre el deudor que se entiende por un periodo de dos años desde que abandonó el cargo.

El tercer aspecto que atañe a todos los supuestos establecidos en el precepto que ahora analizamos es el relativo a su ámbito objetivo de aplicación. El artículo se refiere a los administradores y liquidadores de la persona jurídica, lo que se

---

<sup>30</sup> No debe olvidarse, sin embargo, que, en relación con los administradores de las sociedades mercantiles, principalmente cuando actúan colegiadamente a través de un Consejo de Administración, muchos de quienes lo integran mantienen una actitud pasiva, lo que comportará que, ni influyan en la sociedad, ni tengan tampoco acceso a su información relevante.

presupone un campo más amplio que el propio de las sociedades mercantiles o civiles. En este sentido, podría entenderse que quedan incluidos también quienes ostenten facultades de gestión y administración en personas jurídicas de tipología diferente a la sociedad mercantil o civil, como será el caso de los órganos rectores de las asociaciones o fundaciones, a quienes, deberá aplicarse la calificación de personas especialmente relacionadas a pesar de que no respondan a la denominación de administradores o liquidadores.

## **2.1 Administrador de derecho de una persona jurídica**

El primer supuesto al que se refiere el artículo 93.2.2º LC es el del administrador de derecho de una persona jurídica, que, de acuerdo con la interpretación amplia que se ha expuesto, será aquel órgano de gestión y representación, con independencia de cual sea la denominación que le otorguen las leyes, haya sido nombrado por el correspondiente órgano de decisión supremo de la persona jurídica deudora, es decir, la Junta General, en el caso de sociedades mercantiles, la Asamblea General, en el caso de las asociaciones y cooperativas, la Asamblea, en el caso de la Agrupación de Interés Económico o incluso en el propio contrato de sociedad, en el caso de sociedades civiles.

Su interpretación no será en la mayor parte de los casos demasiado compleja, pues la administración concursal podrá conocer las personas que ocupen el respectivo cargo de gestión y representación a través de la consulta de los libros del correspondiente registro público en el que se halle inscrita la persona jurídica, bien sea Registro Mercantil, Registro de Asociaciones, Registro de Cooperativas, Registro de Fundaciones, o bien a través de la documentación de la sociedad, es decir, estatutos y escritura de constitución o nombramiento de administradores o de los órganos de representación y gestión. Esa labor vendrá facilitada además, a través de la documentación que el propio deudor debe proporcionar al solicitar concurso, ya que en la memoria a la que se refiere el artículo 6.2º LC deberá indicar la identidad de los administradores.

A continuación, se analizarán los problemas en cuanto a la aplicación práctica de la clasificación en relación con el administrador de una sociedad anónima o

limitada, por existir respecto de estos una desarrollada doctrina y jurisprudencia acerca de las cuestiones planteadas.

### **2.1.1 Falta de inscripción del nombramiento**

Por lo que se refiere al problema relativo a los efectos de la falta de inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de un administrador y su relación con la calificación de persona especialmente relacionada, la solución deberá alcanzarse a través de la remisión a la norma contenida en los 214 LSC, el cual menciona que el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación, y la referencia a la consolidada doctrina que entiende que, en relación con este acto societario, la inscripción tiene meros efectos declarativos, surtiendo eficacia el nombramiento, a efectos internos, desde su aceptación por el designado para el desempeño del cargo, aunque no se haya procedido a la inscripción del mismo en el Registro Mercantil. Así pues, si se aprecia que algún administrador del consejo de administración tiene o han tenido su cargo vigente sin haber sido inscrito en el Registro Mercantil, los créditos que estos puedan ostentar contra la sociedad deberán ser igualmente subordinados. El motivo principal que justifica dicha solución es el hecho de que esos administradores, desde el momento en el que hayan aceptado el cargo, podrán desempeñar todas las facultades que les son propias, por lo que estarán en una posición de influencia sobre el deudor y de acceso a toda la información relativa al mismo. De este modo aunque no se haya cumplido el trámite de inscripción, se producirá la situación de posible desventaja para la masa pasiva externa.

### **2.1.2 Efectividad del cese del administrador**

Similares problemas al anteriormente planteado se producirán por lo que respecta a la efectividad del cese del administrador y su relación con el periodo temporal de dos años al que nos hemos referido anteriormente. En el ámbito del concurso, puede ocurrir que al proceder la Administración

Concursal a clasificar los créditos, se aprecia que alguno de los administradores cesaron en fecha anterior a los dos años a que se refiere el artículo 93.2.2º LC, habiéndose producido la publicación de ese acto, sin embargo, dentro del propio periodo temporal de los dos años. Atendiendo a la eficacia interna del cese, esos administradores no deberían ser considerados personas especialmente relacionadas. Atendiendo a la publicidad material negativa del Registro, podría entenderse que el cese del administrador no se ha producido hasta tanto no se haya publicado el mismo en el BORME. Si bien es cierto, que desde que se haya producido el cese, el administrador habrá dejado de estar, en relación con la sociedad deudora, en posición de influir sobre sus decisiones y de informarse sobre su situación. Acordado el cese del administrador habrá dejado de existir la situación de riesgo para los intereses de la masa pasiva que pretende atajar la norma, aunque el legislador ha querido extender los efectos de la noción de persona especialmente relacionada durante los dos años siguientes al cese del cargo. Sin embargo, el TS ha advertido que el cese no surte efectos frente a terceros sino es a partir de su inscripción registral, salvo que el tercero tuviera conocimiento de ese hecho por otra vía ,publicidad de hecho.

## **2.2 Administrador de hecho de una persona jurídica**

La inclusión en el ámbito de las personas especialmente relacionadas de la figura del administrador de hecho proviene del artículo 127.2.2º PALC (Propuesta de Anteproyecto de la Ley Concursal) de 1995, fue posteriormente incorporada a los primeros textos legislativos de la actual Ley Concursal y ha coincidido finalmente con la aceptación de esa figura también en el ámbito del Derecho de sociedades en virtud del nuevo contenido dado en los artículos 235 y 231 LSC.

En cuanto a las concepciones doctrinales en torno a la figura del administrador de hecho, un primer sector de la doctrina, limita la figura del administrador de hecho a aquellos casos en los que el cargo de administrador ha caducado o bien es fruto de un nombramiento defectuoso. Por el contrario, algún sector de la doctrina que, en sede de responsabilidades de los administradores, considera

que solo pueden considerarse administradores de hecho aquellos cuya actividad haya sido asumida por los socios. Otros autores, en sintonía con las opiniones dominantes en países de nuestro entorno, identifican al administrador de hecho con aquella persona que, con independencia de que haya sido designada formalmente o no por parte de los socios, desarrolla respecto de la sociedad, y de forma directa, continuada e independiente, una actividad positiva de gestión idéntica o equivalente a la del administrador de la sociedad formalmente instituido. Existe un último sector que entiende un concepto más amplio de la figura del administrador de hecho, descartando como elemento interpretativo la identificación con la figura del administrador de derecho, y basando si delimitación en la búsqueda de los elementos constitutivos de la relación de administración para poder concluir la existencia de una relación de este índole, pero admitiéndose también la posibilidad de que las funciones de gestión y administración se lleven a cabo de manera indirecta a través del ejercicio de una influencia decisiva y constante sobre los administradores de derecho.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia atiende a esta cuestión, puede destacarse la importante evolución que ha experimentado esta materia, desde las primeras líneas jurisprudenciales que identifica el administrador de hecho con el administrador con cargo caducado<sup>31</sup>, hasta las más recientes, que según se ha expuesto por la doctrina, se inicia a través de diversos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales<sup>32</sup> y cristaliza en algunas sentencias del Tribunal Supremo de la Sala de lo Civil<sup>33</sup>, y a través de las cuales pasa a completarse el concepto de administrador de hecho al identificarlo con aquella persona o personas que en la practica ostentan el poder de decisión de la sociedad.

### **2.2.1 Tipología de la administración de hecho**

Se pueden identificar dos grande tipos de ejemplos, en función de si la posición de una persona como administrador de hecho ha venido motivada o

---

<sup>31</sup> STS de 22 de octubre de 1974.

<sup>32</sup> Sentencias de la AP Valenciana de 27 de septiembre de 1999, AP Palencia 18 noviembre de 1999 y AP La Coruña de 17 de enero de 2000.

<sup>33</sup> STS de 24 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 7489).

no por un previo nombramiento, sea formal o informal, en el seno de la sociedad.

Entre los casos en los que ha existido nombramiento, se pueden señalar, en primer lugar, el clásico administrador con cargo caducado, respecto del que recientemente se ha exigido que siga desempeñando las funciones propias de la administración como si su nombramiento continuase vigente. Un segundo supuesto es el de un administrador nombrado pero en una deliberación inválida o ineficaz, al cual algunos autores lo consideran unos de los ejemplos de administrador de hecho, mientras otros consideran que cuando los defectos que afecten al nombramiento lo conviertan en anulable, estos supuestos no integrarán dicha categoría en tanto no se declare judicialmente la nulidad, y ponen en relieve las dificultades para calificar de nulo algunos acuerdos o que el administrador nombrado incurra en causa de incompatibilidad o prohibición.

En cuanto al administrador de hecho sin nombramiento previo, algunos autores entienden que no deberían integrar esta categoría. Entre los que sí lo admiten, coinciden algunos autores al incluir en la categoría de administrador de hecho a los socios mayoritarios o de control y al apoderado general o con amplísimas facultades<sup>34</sup>, así como también ha sido considerado es el caso de los administradores de la sociedad dominante respecto de la sociedad dominada.

En todo caso, hay que tener presente que el criterio doctrinal, ratificado por el TS afirma que el administrador de hecho es aquel sujeto que reúne una doble condición: a) no es administrador de derecho; y b) pese a ello tiene una real y autónoma capacidad de decisión como si lo fuera.

---

<sup>34</sup> Tanto J. L. DÍAZ ECHEGAY, como N.LATORRE CHINER, se refieren a estos supuestos.



### **2.2.2 Administrador con cargo caducado**

En el caso del administrador de hecho cuyo cargo ha caducado, no parece que existan muchas dudas en incluir dicha figura, siempre que a pesar de haber cesado formalmente el cargo, haya continuado desarrollando la actividad de gestión como si de un administrador de derecho se tratara. El administrador, si bien formalmente, no podrá ser considerado como administrador, tal vez haya seguido disponiendo de una amplia influencia sobre la sociedad y un extenso acceso a la información sobre su situación económica, lo que en su caso, lo convertiría en sospechoso de intentar asegurar su posición en el concurso y le haría merecedor de un trato perjudicial respecto a acreedores externos.

### **2.2.3 Administradores de la sociedad dominante**

Desde un punto de vista concursal, lo determinante para poder decidir si los administradores de la sociedad dominante ostentan la condición de personas especialmente relacionada no guarda relación tanto con las consecuencias externas de la actuación de aquellos, sino con la influencia efectiva que puedan ejercer sobre la sociedad y el acceso de que dispongan a la información sobre la sociedad. En cuanto al primer aspecto, no puede ofrecerse una respuesta única para todos los supuestos que ofrece la práctica empresarial, pues es sabido que la influencia ejercida por los administradores de la dominante sobre la dominada dependerá en cada caso de la estructura organizativa del grupo y de la opción que se haya escogido por un grupo más o menos descentralizado. En relación con el segundo parámetro, debe señalarse que, en principio no es posible identificar plenamente la posición que ocupa el administrador de la dominante con el administrador de derecho de la dominada. Estos últimos ejercen sus funciones dentro del propio ámbito de su autonomía y tienen un derecho de información ilimitado respecto de todos los aspectos propios de la vida de la sociedad, así como el deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad. Por el contrario, los administradores de la dominante no están sujetos a ese deber de diligencia, por lo que no se puede presumir respecto

de ellos un conocimiento preciso de la situación económica y empresarial de la sociedad dominada y, además no tienen reconocido legalmente otro derecho de información que aquel que les corresponda en tanto que representantes en la Junta General de la dominada del socio mayoritario o dominante. Ese diferente régimen en cuanto al derecho de información, puede ser en muchas ocasiones más teórico que real, dado que no serán pocos los casos<sup>35</sup> en los que los administradores de la dominante puedan acceder a una amplia información relativa a la sociedad dominada.

El artículo 93.2.3º LC prevé la subordinación del crédito de las sociedades que formen parte del mismo grupo que el deudor. Ello incluye, a la sociedad dominante del grupo, dada la influencia que para el legislador concursal, puede ejercer sobre el deudor-sociedad dominada y la información a la que puede acceder sobre su situación económica y empresarial. El legislador ha extendido esa capacidad de influencia incluso a los socios de la sociedad dominante y si tomamos en consideración el hecho de que, en cualquier sociedad de capital, el poder de dirección lo ejerce directamente el órgano de administración y no la Junta General, parece que podría afirmarse sin problemas que los administradores de la sociedad dominante tiene una mayor o igual capacidad de influencia y acceso a la información sobre la sociedad dominada de la que dispone la propia sociedad dominante, y por supuesto, sus socios. Por lo tanto, para los acreedores externos, concurrir con el crédito del administrador de la sociedad dominante de su deudor podría resultar igual de perjudicial que compartir el rango con un crédito de la propia sociedad dominante o de uno de sus socios. Siendo esto así, parece lógico atribuir a los administradores de la sociedad dominante el mismo trato establecido para la propia sociedad dominante y sus socios en el orden de subordinación de créditos.

---

<sup>35</sup> Aquel supuesto en el que la sociedad dominante ostente una participación igual o superior al veinticinco por ciento de su capital, en cuyo caso los administradores de la dominada estarán obligados a proporcionar a los representantes de la matriz en la Junta General de la filial toda la información que soliciten respecto de los asuntos comprendidos en el orden del día de la Junta General. Otro supuesto es que los administradores de la sociedad dominante dispondrán del derecho de información sobre la situación económica y empresarial de la sociedad dominada a través de los mecanismos internos de control de actividad de las sociedades de grupo que se articulen en cada caso para el funcionamiento del conglomerado empresarial.

#### **2.2.4 Traslación de poderes de gestión**

Un tercer grupo que quedaría englobado por la doctrina es la traslación de poderes de gestión a favor de órganos extrainstitucionales, y que incluiría a los directorios en los grupos de sociedades, los pactos de sindicación con o sin creación de un comité directivo, el consejo familiar, las entidades de crédito o los franquiciadores. En cuanto a la traslación de poderes, se entiende una interpretación restrictiva que abogaría por la no subordinación de los créditos de los mencionados órganos extrainstitucionales y de sus miembros. Los únicos casos en los que dicha solución interpretativa podría ser modificada sería aquellos en los que la administración concursal apreciase, sin ningún tipo de dudas y a través de indicios plenamente concluyentes, la existencia de una efectiva gestión por parte de los referidos órganos que hubiera dejado vacías de todo contenido las facultades atribuidas legal y estatutariamente a los administradores de derecho. Sólo en esos casos podrían tal vez subordinarse sus créditos por entenderse que el órgano extrainstitucional y en su caso, sus miembros, habrían ejercido una influencia decisiva sobre la sociedad y habría accedido sin limitación a toda la información sobre su situación económica, de cuya situación se podría en su caso predicar la sospecha de que habría intentado beneficiar su posición en el concurso.

#### **2.2.5 Las entidades de crédito**

En relación con los supuestos de administrador de hecho de transferencias del poder de gestión a agentes externos, tal vez el que resulte de mayor relevancia es el de las entidades de crédito. Tal y como se ha advertido en los sectores doctrinales que formulan un concepto amplio de administrador de hecho, la aplicación indiscriminada y poco cuidadosa de esta figura podría causar, en estos casos, efectos contraproducentes en el plano económico, desanimando las ayudas financieras a las empresas. En la doctrina concursal, se ha abogado también por seguir un criterio restrictivo en la interpretación de la posible extensión del concepto de administrador de hecho a las entidades de crédito.

### **2.3 Liquidadores de una persona jurídica**

La inclusión de los liquidadores de la sociedad en el ámbito de personas especialmente relacionadas con el concursado proviene también de la PALC 1995, habiendo pasado posteriormente a los primeros trabajos de elaboración de la presente Ley Concursal y habiéndose mantenido hasta la aprobación del texto final. La justificación de la subordinación de los créditos de los liquidadores societarios responde a la misma motivación que ha llevado al legislador a subordinar los créditos de los administradores, su capacidad de influencia y acceso a la información económica sobre el deudor. En este sentido, se ha considerado que la actividad de gestión que desempeña el liquidador debe ser entendida en sentido amplio y que, si bien concretada a la realización de aquella actividad que venga impuesta por el fin de la liquidación, se desarrolla en términos similares a los que establece en relación con el órgano de administración. La disolución no supone la muerte de la sociedad, que mantiene su personalidad jurídica durante la liquidación y continua siendo centro de imputación de derechos y obligaciones, de lo que es buena muestra que se le confieren al liquidador facultades para realizar aquellas operaciones nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad, lo que se debe interpretar en sentido amplio, incluyendo a todas aquellas operaciones que hagan mas ventajosa, fácil o más rápida la liquidación de la sociedad.

En este sentido, puede afirmarse que la asunción por parte del liquidador de las competencias de gestión y representación de la sociedad le coloca en una situación inmejorable para conocer en todo momento cual es la situación económica del deudor, y sobre esa base, influir sobre la sociedad gestionada a fin de obtener un beneficio particular para su crédito en perjuicio de la masa pasiva del concurso.

### **2.4 Apoderados con poderes generales en la empresa**

La referencia a los apoderados generales de la empresa nos sitúa en el ámbito de las sociedades mercantiles, lo que muestra que para el legislador son los

sujetos protagonistas de los concursos. Se entiende, que las normas relativas a las personas especialmente relacionados con el concursado deberían aplicarse a todo deudor persona jurídica que pueda quedar sometido a concurso, en el sentido de incluir en la noción de personas especialmente relacionadas a todo apoderado que ostente amplias facultades sobre los asuntos de una determinada persona jurídica sometida a un proceso concursal.

En este sentido, la mención del apoderado general de la empresa nos remite a la figura jurídica del factor, del director general o del gerente. Es en el propio Código de Comercio donde se contempla la posibilidad de que el comerciante constituya apoderados generales, en su artículo 281.

#### **2.4.1 El factor o Director general**

Respecto la figura del factor que se encuentra en el artículo 283 C.com., existe un cierto consenso al entender que esta figura puede establecerse tanto al empresario social como individual, por lo tanto resulta posible referirse al factor de una persona jurídica como persona de especial relación.

De acuerdo con el artículo 283 C.com., el factor es el gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario. Mientras algunos autores han considerado que el factor es aquel auxiliar del empresario que no tiene más superior jerárquico que el propio empresario o su órgano de administración, otras opiniones consideran que la condición jurídica de factor requiere, al menos, que pueda dirigirse un establecimiento, sea principal o sucursal, lo que, en el ámbito de las sociedades con ámbitos de dirección escalonada, como pueden ser las entidades de crédito, podría permitir identificar a la figura del factor con el director de zona o, incluso, con el director de oficina. Algunas opiniones identifican el poder del factor con un poder amplísimo, que abarcaría todo lo que puede hacer el propio empresario, salvo aquellas facultades de carácter personalísimo. Esta necesaria amplitud se matiza con otra posición doctrinal, que considera que

es poder general tanto aquel que esta establecido en términos amplios como aquel otro que, sin abarcar la generalidad de las facultades que puede desarrollar el empresario, contiene una enumeración de ellas que, al considerarlas globalmente, permiten al factor dirigir la empresa o, al menos, un establecimiento, sea principal o sucursal. Según esta segunda opinión, el poder general no equivaldría a un poder ilimitado, sino a un poder que se extendería a la generalidad de las operaciones propias de un establecimiento determinado.

En este punto nos referimos a quienes en la empresa ostenten el cargo de director general, gerente, director gerente o puestos de similar relevancia, siendo muy diversa la terminología utilizada en la practica empresarial. Estos, cuyo régimen jurídico se ha analizado equiparándolo a la figura del factor, ostentan en la empresa poderes generales que les permiten realizar todos los actos que sean propios del giro o tráfico de la misma. Se entiende mayoritariamente, que el director general o gerente ostenta en la empresa una serie de facultades que le sitúan en una situación muy cercana a la de los administradores, si bien es nota característica de la figura del director general su subordinación al órgano de administración, lo que, de acuerdo también con la doctrina dominante, caracteriza la figura del factor. Son notas que identifican a estos apoderados generales, por lo tanto, la permanencia y la subordinación del empresario, lo que se traduce, en el ámbito del deudor sociedad mercantil, en una necesidad de atenerse a las ordenes e instrucciones impartidas desde el órgano de administración. Ello sitúa a los gerentes y directores generales, al igual que al factor, en una posición de menos influencia e información respecto del deudor de la que ostentan los administradores y liquidadores de la sociedad, lo que podría comportar dudas respecto de la decisión del legislador concursal de tratar del mismo modo sus créditos en relación con la materia de subordinación. Sin embargo, si atendemos a las opciones doctrinales que sostienen que, en el ámbito de gestión y organización empresarial, los gerentes o directores generales se hallan en una posición que, en la práctica, se asemeja enormemente a la de los administradores. Esto es puesto que ostentan aquellos cargos que dirigen a la totalidad del personal de la empresa y

reciben de este todas aquellas informaciones necesarias para conocer el exacto funcionamiento de la actividad empresarial. En este sentido, se considera que los gerentes o directores generales estarían dotados de una posición de influencia e información que los situaría en un plano semejante a los administradores desde un punto de vista de la subordinación concursal.

#### **2.4.2 Extensión retroactiva**

Respecto de los apoderados generales, igual que ocurre con los administradores y liquidadores, entra en consideración la aplicación retroactiva de la consideración de persona especialmente relacionada con el concursado. En este sentido, el legislador concursal considera que ostenta dicha condición el apoderado general que lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Para determinar dónde alcanza esa extensión retroactiva de la norma, será decisivo tener en cuenta el momento en el que el apoderamiento se considera extinguido. La causa habitual de la extinción del apoderamiento en el ámbito mercantil es la revocación. En relación con la revocación, existe consenso al considerar que la misma surtirá efectos respecto del apoderado desde el mismo momento en el que se le haya notificado, y a su vez, se producirá desde el momento de la publicación en el BORME del hecho de la revocación (art. 291 C.com.) en el caso de poderes inscritos, y de no ser así, desde el momento que a través de cualquier medio se ponga en conocimiento de terceros la extinción de poder. Por otro lado, puede afirmarse que, producida la revocación del poder a efectos internos, dejará el apoderado de estar en situación de influir decisivamente y de informarse sobre el deudor. Se considera por tanto, que resulta más acorde con la finalidad de la norma entender que ese momento es el que deberá ser tenido en cuenta para calcular el período de dos años durante el cual el legislador extiende la sospecha de posible perjuicio a los acreedores externos.

### **2.4.3 La condición de apoderado general de la empresa y el crédito salarial**

En cuanto a la naturaleza jurídica de la relación entre el apoderado general y el deudor, la doctrina se ha mostrado de acuerdo en considerar que se trata de una relación tipo laboral, regida por tanto, por las normas del contrato de trabajo, identificado en algunos casos, como contrato de alta dirección. La condición de relación laboral que mantienen los apoderados generales con la sociedad jugará un papel muy relevante en orden al tratamiento de sus créditos, ya que en la mayoría de los casos, los mismos tendrán carácter laboral, pero al no serles de aplicación la excepción del artículo 92.5º LC, perderán el carácter privilegiado especial que confiere el artículo 91.º LC de forma general a los créditos laborales. Esto ocurrirá así a todos aquellos que tengan la condición de factores, directores generales, gerentes y demás figuras afines, respecto de los cuales, igual que sucede para los administradores, la Ley no ha establecido ningún distingo en cuanto a la naturaleza del crédito. La solución podrá resultar justificada respecto a aquellos apoderados generales que ostenten una posición jerárquica superior en la dirección de la empresa. No obstante, si atendiendo al criterio de algún autor de nuestra doctrina, consideramos que también tienen la condición de factor quien dirija un establecimiento o una sucursal<sup>36</sup>, la solución de subordinar sus créditos pudiera no resultar del todo justificada. Esos factores, si bien dotados de poderes generales en la empresa, no tienen respecto de la misma una posibilidad de influencia e información equiparable a la que disfrutaban, en relación con el deudor, los administradores o liquidadores, por lo que una subordinación podría no estar justificada por suponer una pérdida de derechos laborales.

---

<sup>36</sup> Esta opinión la sostiene A. ROJO, *Curso de Derecho Mercantil*.



### **3 Las sociedades que formen parte del mismo grupo de la sociedad declarada en concurso y sus socios**

El último de los supuestos contemplados por la norma que delimita el concepto de persona especialmente relacionada con el concursado es el que se refiere a las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declara en concurso y sus socios. El supuesto ya fue formulado en la PALC 1995, en cuyo artículo 127.2.3º se mencionaba a las sociedades que formen parte del mismo grupo de empresas que la sociedad deudora. Anteriormente, en el proceso de aprobación de la actual LSRL, se había incluido en el BALSRL un artículo 312.1, en virtud el cual, se consideraba que en caso de suspensión de pagos, quiebra o intervención administrativa en la liquidación, los créditos de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la sociedad deudora quedarán postergados de pleno Derecho, extendiéndose la postergación a los créditos de terceros con garantía de sociedad pertenecientes al mismo grupo que la sociedad deudora.

#### **3.1 Justificación de la norma**

En cuanto a la motivación del legislador de la presente norma, algún autor parece apuntar que la finalidad de la subordinación es el solventar los efectos que, para determinados aspectos de la actividad de las distintas sociedades del grupo, pueden derivarse de la sujeción de todas ellas a la disciplina única de la dirección económica<sup>37</sup>. Según otra opinión, la subordinación en este caso se justificaría en la existencia de una situación de información asimétrica entre acreedores cercanos y externos<sup>38</sup>. Se ha apuntado también que la subordinación se justifica en la ausencia de una alteridad empresarial<sup>39</sup>. Podría considerarse que la posibilidad de influencia y de acceso a la información sobre la situación del deudor justificaría, la solución de subordinar los créditos de las sociedades

---

<sup>37</sup> S. SASTRE PAPIOL, *Comentarios LC (SAGRERA/SALA/FERRER)*.

<sup>38</sup> C. ALONSO LEDESMA, *Comentarios legislación concursal (PULGAR EZQUERRA et al.)*.

<sup>39</sup> J. M. RUIZ PERIS, "Concurso y empresas económicamente vinculadas", *Estudios Olivencia*, quien indica que la "alteridad económica empresarial exige que la eficiencia y competitividad de una empresa no dependa necesariamente de la eficacia y competitividad de otras" (pg. 2291).

de grupo. Sin embargo, si analizamos los distintos casos de créditos entre sociedades de grupo, se observa que, respecto de algunos de ellos no parece que pueda acudirse tan fácilmente a la influencia e información como justificadores para la subordinación, ya que, no resulta totalmente evidente que una sociedad filial tenga, en todo caso, una información en influencia privilegiada respecto de su sociedad matriz o de una sociedad hermana.

Para un primer grupo de casos, el reconocimiento del interés de grupo caracterizado en el presente caso por la voluntad de la sociedad cabecera del mismo de tratar a todas las partes del grupo como una unidad, lo que conduce a que puedan llevarse a cabo entre las sociedades que lo integran negocios jurídicos que, beneficiando al propio grupo, puedan incluso llegar a resultar perjudiciales o desventajosos para los acreedores externos o, sin tener esa característica, merezcan un trato peor que el reservado para los acreedores. De este modo, se trataría a todas las sociedades del grupo como si fueran miembros de una sola unidad, en cuyo seno pueden producirse negocios jurídicos que estén realizados con el objetivo final de satisfacer los objetivos globales de la colectividad. Así pues, las deudas que el deudor tenga contraídas con sociedades que estén integradas en su grupo, suponen una ventaja para el propio deudor, lo que se contrapone a la situación de las deudas generadas respecto a los acreedores externos, quienes, en relación con el deudor, únicamente persiguen un interés individual. La diferencia de los acreedores que formen parte del grupo y de los acreedores externos, así como el hecho de que aquel pueda, al pagar a los primeros en condiciones de igualdad con los segundos, acabar beneficiando a la colectividad en la que el mismo se integra, justifica, la opción del legislador de tratar a los acreedores que sean sociedades del grupo del deudor de manera subordinada respecto de los acreedores externos.

Por otra parte, en el supuesto de los socios de las sociedades del grupo, el cual se desarrollara más adelante, pueden darse dos situaciones. La primera la de los socios de la sociedad cabecera del grupo, bien sean dominantes, bien sean minoritarios. Y en segundo lugar, a quienes ostenten la condición de socios de alguna sociedad del grupo pero no estén integrados en el mismo, lo que se

denomina socios externos, y quienes por su condición ajena al interés del propio grupo, no contribuirán, a través de los negocios que hayan podido concluir con el deudor a beneficiar al grupo.

### **3.2 Cuestión temporal**

A diferencia de lo que ocurre con lo previsto en el artículo 93.2.2º LC, el supuesto que ahora examinamos no contiene una norma de extensión retroactiva de la condición de persona especialmente relacionada. En este sentido, la administración concursal deberá comprobar si, en el momento en que nació el crédito, la sociedad acreedora formaba parte del grupo de sociedades, en cuyo caso podrá entenderse que la operación se llevó a cabo buscando el interés del grupo, lo que justificaría la subordinación. Si la sociedad, por haber sido su capital transmitido a persona o sociedad ajena al conglomerado empresarial, dejara de pertenecer al grupo al grupo con posterioridad al nacimiento del crédito, aquella, en caso de declaración de concurso de su deudor, mantendrá su condición de persona especialmente relacionada con éste. En el caso contrario, si al nacer el crédito la sociedad no formaba parte del grupo, pero con posterioridad hubiese quedado integrada en el mismo, debemos considerar que, aunque el negocio jurídico que dio lugar al crédito se situaba, originariamente, en idéntico plano económico que los que fundan los derechos de crédito externos, el hecho que la sociedad, al declararse en concurso, forme parte del mismo grupo que el deudor, hace que entre en juego la presunción, que en virtud del interés del grupo, se esté beneficiando en igualdad de condiciones a los acreedores externos que formen parte del grupo, y en consecuencia, al propio deudor, lo que justificaría la intervención del legislador acordando la subordinación de los créditos.

### 3.3 Ámbito objetivo

#### 3.3.1 Concepto de grupo

Desde que se inició la Ley Concursal viene siendo relevante la gran importancia que posee en el procedimiento concursal en todo lo relacionado con los grupos de sociedades. Nos referimos en este apartado, al supuesto en el cual una o varias sociedades, las cuales forman parte del mismo grupo, entrasen en el procedimiento concursal, siendo poseedores otros miembros del grupo de la condición de acreedores. En la anterior Ley Concursal existían ciertos preceptos que hacían referencia al procedimiento (solicitud inicial de concursos coordinados o acumulación posterior de concursos vinculados), así como otras que abordaban el planteamiento del grupo desde un punto de vista material o procedimental (destacaba al respecto la subordinación de los créditos del grupo). La doctrina reclamaba en la Ley Concursal una definición del concepto de grupo de sociedades.

La reforma de la LC realizada en el año 2011 abordó esta materia a través de distintas medidas. Ante todo, por medio de la introducción de un régimen específico para los llamados concursos conexos (v. arts. 25 y ss. LC), que tenían a los grupos de sociedades como uno de sus principales protagonistas. En lo que aquí interesa, procede destacar la incorporación a la Ley Concursal de una nueva disposición adicional sexta que bajo la rúbrica *“Grupo de sociedades”* introdujo la siguiente definición: *“a los efectos de esta ley se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio”*. Así pues, en el presente apartado, dada la falta de un concepto específico en lo que al grupo de sociedades se refiere, analizaremos la normativa mercantil al respecto.

En este sentido, el actual artículo 42.1 del Código de Comercio establece como principal presunción de la existencia de una unidad de decisión los supuestos de control que hacen referencia, a la tenencia individual o colectiva, de la mayoría de los derechos de voto o a la designación, efectiva o potencial, de la mayoría de los miembros del órgano de administración. Se

presume la existencia de unidad de decisión cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Se entiende la norma, la noción de control ejercido por una sociedad respecto de otras, articulada a través de la participación en el capital social e identificada con la tenencia mayoritaria, individual o conjuntamente, de los derechos de voto o con la designación de la mayoría de los miembros del órgano de administración de las dominadas.

El analizado concepto ha suscitado numerosas críticas en el seno de la doctrina. En primer lugar, por no estipular un concepto meramente concursal con el que tratar a los grupos de sociedades, ya que el concepto el cual se utiliza, proveniente del Código de Comercio, podría entenderse como contable, ya que hace referencia a las obligaciones de la misma índole que tiene que realizar un grupo de sociedades. En segundo lugar, el mencionado concepto da pie a numerosas interpretaciones distintas dentro de la doctrina y jurisprudencia, siendo en sí mismo, un concepto estático en contra del propio dinamismo de una materia como el Derecho Concursal.

En este sentido, es menester traer a colación una serie de indicaciones jurisprudenciales al respecto, que aun en la actualidad, perfilan el concepto de grupo de sociedades. Algunas de las sentencias de las cuales se extraen interpretaciones son las SSAP Barcelona (Sección 15ª) de 4 de octubre de 2012 (JUR 2012, 399419) y de 5 de diciembre de 2013, la SAP Madrid (Sección 28ª) de 7 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 29371), la SAP Tarragona (Sección 1ª), de 4 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 344732), y en especial las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 11 de diciembre de 2013 y de 15 de noviembre de 2012.

Se establece por parte de la jurisprudencia que en relación con el sentido de la remisión que efectúa la Ley Concursal al artículo 42 del Código de Comercio, la interpretación que se hace podría no ser la correcta. El artículo 3.1 del Código Civil dice que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras y atendiendo fundamentalmente a su espíritu y

finalidad. En el supuesto objeto de consideración, aunque en algún punto la interpretación pueda parecer acorde con el elemento gramatical de la norma creo que no lo es con su espíritu y finalidad, razón por la que debe hacerse una interpretación que vaya más allá de la simple literalidad y preserve la finalidad de las normas.

Se continúa argumentando en relación con la existencia de sociedad dominante y dominada que para que pueda ser apreciada la existencia de grupo entre dos sociedades no es indispensable que una de ellas tenga el carácter de sociedad dominante. Esto es, si bien el concepto de grupo exige una relación de dominio, grupo no sólo existe entre dominante y dominada sino que el concepto de grupo debe predicarse de todo aquel conjunto de sociedades, sea cualquiera el número de miembros que lo integre, entre los cuales existe la situación de dominio o control directo o indirecto. Por tanto, no se puede aceptar el criterio de la mayoría, para quien grupo sólo existe entre una sociedad dominante y otra dominada, de forma que todos los grupos están constituidos, por esa circunstancia, de únicamente dos sociedades. Y de manera que en un supuesto de "grupo" en el que existan varias dominadas, para la mayoría existirían tantas situaciones de grupo distintas como sociedades dominadas tenga el grupo. Nunca, por consiguiente, podría apreciarse la existencia de grupo entre sociedades dominadas. El grupo en el concurso se ha de tratar como un concepto funcional y no formal o estático. A su vez, el grupo es algo dinámico, funcional, que gira en torno a una idea que responde a ese carácter, la idea del control directo o indirecto. Por ello se cree que el concepto de grupo que se debe deducir del artículo 42.1 C.Com. debe ser mucho más que un mero concepto formal y estático para erigirse en un concepto jurídico y económico que dé respuesta adecuada a las diversas situaciones que el legislador ha tomado en consideración para apreciar la relevancia de ese concepto en los diversos ámbitos en los que le reconoce eficacia jurídica.

Siguiendo una interpretación teleológica que realiza la jurisprudencia, lo que se pretende es proteger el mercado y a quienes operan en él, permitiéndoles conocer la verdadera situación patrimonial de las sociedades

con quienes contratan. Con la interpretación actual bastaría colocar en la cabecera una persona física o basta que quien financie no sea la matriz sino otra dominada para que no exista grupo y, por consiguiente, para que no exista protección a los terceros. Por consiguiente, con una interpretación así, se están dando extraordinarias facilidades a quienes pretendan evitar la aplicación de tales normas imperativas, y se está permitiendo que su aplicación quede reservada únicamente a los poco informados.

Se establece que existirá grupo allá donde se produzca una situación de dominio entre dos o más sociedades que pueda ser relevante a los efectos que el legislador toma en consideración cuando hace referencia a los grupos de sociedades, esto es, tanto a efectos de la consolidación de las cuentas como a todos los demás efectos que el legislador se refiere a los grupos, entre ellos la subordinación de los créditos en el concurso. A su vez, el concepto de grupo sigue siendo un concepto de hecho, esto es, un concepto abierto, que podrá apreciarse que existe siempre que existan datos fácticos que permitan concluir a la administración concursal o al juez que concurre la situación de control que describe con precisión el artículo 42.1 Ccom. Por tanto, no un concepto formal o cerrado, apegado a la existencia o no de consolidación de cuentas.

### **3.4 Socios de las sociedades del grupo**

En relación con este supuesto se incorporó durante el trámite parlamentario al artículo 93.2.3º en virtud el cual tienen también la condición de persona especialmente relacionada con el deudor los socios de las sociedades que formen parte del mismo grupo que aquel.

El primer supuesto será de quienes sean socios de la sociedad matriz o cabecera del grupo. Estos, bien en función de la participación que ostenten en la matriz, bien por ser personas físicas, pueden quedar incluidos en el concepto de socios, lo que implica que, de no haberse establecido este supuesto, quedarían fuera del ámbito de la subordinación. Un segundo supuesto pudiera ser el de aquellos socios de una sociedad del grupo del deudor que no tengan la

condición de su sociedad inmediatamente dominante, o de otra sociedad que forme parte del grupo, sino que ostenten el carácter de socios minoritarios o externos, con intereses diferenciados de los del mismo grupo.

### **3.4.1 Socio de la sociedad matriz**

Respecto de quienes sean socios de la sociedad cabecera del grupo, entendemos que la justificación de la subordinación de sus créditos debe hallarse en motivos similares a los que aludíamos al analizar el supuesto del artículo 93.2.1º LC. Por un lado, cuando el socio pueda controlar la sociedad dominante del grupo, parece que dispondrá de la posibilidad teórica de influir sobre la sociedad deudora que esté integrada, como dominada, en el grupo de sociedades. Si bien debe tenerse en cuenta que las decisiones sobre las sociedades filiales serán adoptadas en el seno del órgano de administración, el cual actúa autónomamente en la gestión del grupo y no queda, en principio, vinculado a instrucciones que les sean transmitidas desde la junta general, es razonable pensar que los administradores actuarán siguiendo las instrucciones les sean transmitidas por parte del socio de control que puede decidir sobre la renovación de su cargo. Podría justificarse la decisión del legislador de subordinar el crédito del socio de control de la sociedad matriz del grupo en la necesidad de evitar posibles perjuicios que, para los acreedores externos, pudieran derivarse de un efectivo ejercicio por aquella de su influencia dominante potencia sobre la sociedad deudora. Una segunda justificación se basaría en la posibilidad de la sociedad dominante de informarse sobre su situación económica, y, por ende, de la de todo el grupo, y sobre esa base adquirir una posición ventajosa respecto a acreedores externos.

Conviene añadir que los socios de la sociedad dominante, podrán informarse de la situación del grupo al serles sometidas a su aprobación las cuentas anuales consolidadas (art. 42.6 C.com.). A su vez, en la Junta General en la que se deban aprobar esas cuentas anuales, podrán hacer uso de su derecho de información de que disponen para obtener datos sobre la sociedad de la que sean acreedores, ya que tendrán la posibilidad de solicitar



verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos del orden del día.

### **3.4.2 Socio externo**

En el caso de que la solución de la subordinación se aplique al crédito de un socio externo de una sociedad integrada en el grupo del deudor, la justificación se podría analizar, igual que el caso anterior, desde la posible influencia e información sobre el deudor. Se considera que la nota de influencia debería descartarse como motivo de subordinación en relación con este supuesto, puesto que, el socios externo perseguirá intereses diferentes a los propios del grupo, y parece razonable pensar, que no estará en disposición de determinar, en su propio beneficio, la actividad de una sociedad integrada en el grupo en el que participe. En cuanto al acceso del socio externo a la información sobre la situación económica de las sociedades del grupo, el mismo se articula a través del artículo 42.6 C. com., que establece que los accionistas de las sociedades pertenecientes al mismo grupo podrán obtener de la sociedad dominante las cuentas anuales consolidadas así como el informe de gestión y el de auditoría. Se entiende por lo tanto, que su situación es equiparable al resto de acreedores externos, quienes podrán obtener los mismos datos por medio del depósito de las cuentas consolidadas en el Registro Mercantil, siempre que reúnan las condiciones del art. 93.2.1º LC. Nuestro ordenamiento jurídico no ofrece una mayor protección a los socios externos en cuanto a la información sobre el resto de sociedades del grupo que puedan fundar una posición privilegiada respecto al resto de acreedores. Dado que tampoco dispone el socio externo de instrumentos con los que influir en las decisiones de su deudor-sociedad grupo, se puede considerar que no existe justificación para que su crédito sea subordinado.

**4 Exclusiones que hace la LC respecto de los créditos que, pese a ser su titular una persona especialmente relacionada con el concursado, no se subordinan.**

En la Ley Concursal se establecen una serie de excepciones en cuanto a la presunción que es objeto de análisis. Existen ciertos créditos que pese a ser su titular una de las personas consideradas especialmente relacionadas con el concursado, el legislador no opta por la solución subordinativa. Son los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º. De igual modo, los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural. En este sentido, la nueva previsión del art. 93 LC incorporada por el RDL 4/2011, y que advierte que: “Los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta, no tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la calificación de los créditos que ostenten contra el deudor como consecuencia de la refinanciación que le hubiesen otorgado en virtud de dicho acuerdo”. El problema que se plantea es si estas exclusiones suponen también que, en relación con estos créditos su titular no debe ser considerado como persona especialmente relacionada con el concursado y, en consecuencia, no procedería la aplicación de la presunción relativa. En los casos mencionados el legislador no entiende, que se den las circunstancias determinadas para que el hecho de ser persona especialmente relacionada con el concursado, sus créditos merezcan la subordinación por no existir causas que pudieran perjudicar al concurso en cuanto a la relación mencionada entre el acreedor y el deudor.

## CONCLUSIONES

### PRIMERA

El legislador con el fin de solventar los problemas que causaba el anterior sistema de retroacción en el procedimiento concursal, establece una acción de reintegración en la masa activa, en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal. Dicha acción esta enfocada a los actos realizados por el deudor que pudieran ser perjudiciales para la masa activa dentro de un periodo de dos años anteriores a la declaración de concurso.

Se distinguen la masa de hecho y la masa de derecho. La primera de ellas consistente en el patrimonio que una vez alcanzado el concurso el deudor posee para hacer frente a la totalidad de acreedores, y por otro lado, la masa de derecho consistente en la totalidad de bienes y derechos que el deudor debería tener en su haber en el momento de la declaración de concurso, siendo añadidos, entre otros, los que nunca debieron salir del patrimonio del deudor y los cuales son objeto de la acción rescisoria.

Por su parte, el legislador, con el objetivo de descargar de responsabilidades al Juez del concurso, fija un plazo de dos años en los cuales los actos realizados por el deudor serán rescindibles. A su vez, se establece un concepto de perjuicio que hace referencia a la masa activa únicamente, quedando en ella incluido el perjuicio a la totalidad de acreedores amparada por la *par conditio creditorum*.

Se establecen unas presunciones relativas de perjuicio, unas presunciones *iuris tantum*, esto es, que salvo prueba en contrario, se presumen perjudiciales para la masa activa. Entre ellas se encuentran, los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas, los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

## SEGUNDA

La presunción relativa de perjuicio de impugnación de los actos dispositivos a título oneroso a favor de algunas de las personas especialmente relacionadas con el concursado se aplica cuando la persona a la que se ha hecho el pago por parte del deudor es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el Art. 93 de la Ley Concursal. En consecuencia el Art. 71.3.1 lo presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario.

Se encuentra necesario que sean actos de disposición los realizados por el concursado, y a su vez, que ellos se hayan realizado a título oneroso. En cuanto al ámbito subjetivo, se relaciona con el artículo 93 de la LC y se distinguen los supuestos entre deudor persona física, donde un ejemplo de persona especialmente relacionada es el propio cónyuge del deudor, y por otra parte cuando el concursado es persona jurídica, que en tal caso serán los socios, administradores o los grupos de sociedades los que merecerán la calificación de persona especialmente relacionada. En relación al ámbito temporal, se hace necesario que el acto de disposición se hubiera realizado en el periodo bianual anterior a la declaración del concurso.

## TERCERA

Las razones por las que el legislador considera que unas determinadas personas tienen una especial vinculación con el deudor en el caso de deudor como persona jurídica, están relacionadas con la posibilidad de acceder a información económica del deudor y con ello, anticipar las consecuencias de un futuro proceso concursal. Se podrían diferenciar tres grandes grupos de personas a analizar en cuanto a ser consideradas especialmente relacionadas, en primer lugar los socios, seguidos por los administradores de hecho o de derecho, liquidadores y apoderados con poderes generales en la empresa, y por último, los grupos de sociedades.

En el caso de los socios del concursado personal e ilimitadamente responsable de las deudas sociales o titular de una participación significativa, el momento a tener en consideración es el momento de concesión del crédito por esa posibilidad de acceso a

información o influencia sobre la sociedad. En el supuesto de socios titulares de una participación significativa, son los poseedores de una determinada participación, la cual sea al menos del cinco por ciento para el caso de que el deudor sea sociedad cuyos valores están admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o en caso de que no los tuviera del diez por ciento.

En el caso de los administradores de hecho o de derecho, liquidadores y apoderados con poderes generales en la empresa, o quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso la motivación que se le debe dar a la norma, son la capacidad de influencia en el deudor y el acceso a información sobre su situación económica. Parece claro que quienes ocupen el cargo de administrador, liquidador o sean apoderados revestidos de las más amplias facultades, estarán en disposición de influir en las decisiones adoptadas por el deudor, ya que, a través de las competencias que le vienen atribuidas legal, estatutaria y convencionalmente, ejecutarán y darán forma y cumplimiento a la voluntad de la persona jurídica.

En cuanto a las sociedades que formen parte del mismo grupo, cabe destacar el interés de grupo caracterizado en el presente caso por la voluntad de la sociedad cabecera del mismo de tratar a todas las partes del grupo como una unidad, lo que conduce a que puedan llevarse a cabo entre las sociedades que lo integran negocios jurídicos que, beneficiando al propio grupo, puedan incluso llegar a resultar perjudiciales o desventajosos para los acreedores externos. A su vez, el momento en el que se debe apreciar la relación es en el que nació el crédito. Por su parte, se hace necesario acudir al artículo 42 del Código de Comercio para poder encontrar un concepto de grupo de sociedades, el cual está aclarado y ampliado por la jurisprudencia.

## BIBLIOGRAFÍA

ABRIL CAMPOY, J. M.: *Adquirientes, subadquirientes y retroacción de la quiebra*, Valencia, 1996.

ALCOVER GARAU, G.: *La retroacción de la quiebra*, Madrid, 1996.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal”, en AA VV, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Madrid, 2002, pgs 160 y ss.

⇒ “Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa”, en *Estudios Homenaje al Prof. Menéndez Menéndez*, III, Madrid, 1996, pgs 3479 y ss.

CAMPUZANO LAGUILLO, A.: “Alcance de la nulidad e ineficacia de los actos y contratos celebrados por el suspenso sin el concurso de los interventores (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2002)”, *Actualidad Civil*, núm. 41, semana del 4 al 10 de noviembre de 2002.

CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2004.

CARRERAS LLANSANA, J.: “Aspectos procesales de la retroacción de la quiebra”, *Escritos en Homenaje a Prieto Castro*, I, Madrid, 1979.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: “La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 CC”, RDP, 1932, pgs. 132 y ss.

⇒ *Derecho Civil de España*, 2 vols, Madrid, 1952-1955.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra. La sentencia de 12 de Mayo de 1993 y la jurisprudencia del último decenio”, *Aranzadi Civil*, 19, 1993, pgs. 9 y ss.

DÍAZ MARTINEZ, M.: “Presente y futuro de las acciones de reintegración”, *La Ley*, núm. 5640, 24 de octubre de 2002.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 2 vols., Madrid, 1993.

ESCRIBANO GÁMIR, R.: “La reintegración de la masa activa del concurso”, en AA VV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Madrid, 2005, pgs. 4009 y ss.

GARCÍA-CRUCES, J. A.: “De la retroacción de la quiebra a la rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 2, 2004, pgs. 43 y ss.

⇒ “El problema de la represión de la conducta del deudor común”, en AA VV, *La reforma de la Legislación Concursal*, dir. A. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Madrid, 2003, pgs. 247 y ss.

⇒ “La reintegración de la masa activa en el procedimiento concursal (I) y (II)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 590, 11 de septiembre de 2003, pgs. 1 y ss., y núm. 591, 18 de septiembre de 2003, pgs. 1 y ss.

GARCÍA SANZ, A. : “Notas sobre el sistema de la reintegración de la masa en la nueva Ley Concursal”, en AA VV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Madrid, 2005, pgs. 4063 y ss.

GORDILLO CAÑAS, A.: “Protección del tráfico inmobiliario y *par conditio creditorum* (de la desmesurada retroacción de la quiebra a la malograda normalización registral del concurso)”, en AA VV, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuela Olivencia*, tomo IV, Madrid, 2005, pgs. 4083.

⇒ “*Par conditio creditorum* y protección del tráfico (un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley Concursal)”, *Actualidad Civil*, 17, semana del 21 al 27 de abril de 2003.

GUILLÓN BALLESTEROS, A.: “La acción rescisoria concursal”, en AA VV, *Estudios de la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Madrid, 2005, pgs. 4125 y ss.

LEÓN SANZ, F. J.: “El sistema de reintegración concursal”, *Revista del Poder Judicial*, número especial, “La Ley Concursal”, dir. por A ROJO, XVIII, Madrid, 2004, pgs. 241 y ss.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: “La acción revocatoria concursal: perfiles generales”, en AA VV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Madrid, 2005 pgs. 4159 y ss.

MASSAGUER, J.: “Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa”, en AA VV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Madrid, 2005 pgs. 4211 y ss.

VIGUER SOLER, P. L.: “La masa activa: determinación y acciones de reintegración”, en AA VV, *La nueva Ley Concursal*, dir. por J. F. GARNICA MARTIN, CGPJ, Madrid, 2004, pgs. 355 y ss.



